J. germ.
75 g
1784
(1
Gutachten
Xerokopieren aus konservatorischen Gründen nicht erlaubt
Nur im Lesesaal benützbar
26. Mai 99
BS, EE

<36616057690013
<36616057690013
Bayer. Staatsbibliothek
NB

4 germ. 75 f

Heft XV. Januar. 1890.

Gutachten aus dem Anwaltstande

über

die erste Lesung des Entwurfs eines

Bürgerlichen Gesetzbuchs

I/a

herausgegeben

= H. 1-8.

im Auftrage des Deutschen Anwalt-Vereins

von

den Rechtsanwälten

Adams, Geheimer Justizrath in Coblenz, **Wilke,** Justizrath in Berlin,
Mecke, Justizrath in Leipzig, **Hartmann** in Nürnberg,
Erythropel in Leipzig.

Heft 15.
(Schlußheft.)

Berlin.
W. Moeser Hofbuchhandlung
1890.

September 1888 – Januar 1890

124 F

2

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Inhalt.

Gutachten aus dem Anwaltstande

über

die erste Lesung des Entwurfs eines

Bürgerlichen Gesetzbuchs

herausgegeben

im Auftrage des Deutschen Anwalt-Vereins

von

den Rechtsanwälten

Adams, Geheimer Justizrath in Coblenz, **Wilke**, Justizrath in Berlin,
Mecke, Justizrath in Leipzig, **Hartmann** in Nürnberg,
Erythropel in Leipzig.

Berlin.

W. Moeser Hofbuchhandlung

1890.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

Mit dem Ablaufe der für die Begutachtung der ersten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich gesetzten Frist hat auch der Deutsche Anwaltverein seine den hochwichtigen Gesetzentwurf behandelnden Arbeiten abgeschlossen. Der Vorstand giebt in den Anlagen das Verzeichniß der 31 Gutachter und eine Uebersicht der Ergebnisse ihrer Arbeiten, welche in Verbindung mit der ebenfalls angeschlossenen kurzen Darstellung des Inhalts des Entwurfs, dessen Verständniß, sowie die Erkenntniß seiner Vorzüge und Mängel zu erleichtern bestimmt ist. Der Vorstand darf hierbei zu seiner Freude die Gelegenheit wahrnehmen, den Gutachtern, welche neben mühevoller Berufsthätigkeit ermöglicht haben, mit bewährter Sorgfalt, Wissenschaftlichkeit und Erfahrung bei der Fortbildung des in Angriff genommenen großen vaterländischen Werkes mitzuwirken, und ebenso dem zur Leitung der Gutachten aus dem Anwaltsstande niedergesetzten Ausschusse für ihre opferfreudige Thätigkeit seinen wärmsten Dank auszusprechen.

Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins hat aber noch eine andere Ehrenpflicht zu erfüllen. Den Verfassern des Entwurfs sind nach dessen Erscheinen nicht überall freundliche Worte gesagt worden. Unserer Meinung nach haben sie sich um das

Vaterland wohl verdient gemacht. Wer die verschlungenen und auseinanderstrebenden Wege kennt, welche jahrhundertelanges Mißgeschick der Rechtsentwickelung unseres Vaterlandes gewiesen hat, der vermag auch die ungeheuren Schwierigkeiten zu ermessen, welche die Kommission zu überwinden hatte, um ein einheitliches den Anforderungen der Jetztzeit entsprechendes Werk zu schaffen. Das ist ihr gelungen. Freilich hätte Einzelnes vollkommener gestaltet, Anderes nicht der Gesetzgebung der Einzelstaaten überwiesen werden sollen. Dies war aber die unvermeidliche Folge der der Kommission von den verbündeten Regierungen gezogenen Grenzen. Solche zu erweitern und dadurch sachliche Schwierigkeiten, welche sich der vollendeten Durchbildung der einzelnen Rechtsinstitute entgegenstellen, zu beheben, werden die verbündeten Regierungen mit dem Reichstage, wie wir hoffen, jetzt, wo der Grund des Mangels klar liegt, kein Bedenken tragen. Mit Nichten wird aber bei dem deutschen Volk und dessen Regierungen entscheidend ins Gewicht fallen, ob der eine oder andere Rechtssatz römisch- oder deutschrechtlichen Ursprungs ist. Nicht darauf, woher der Rechtssatz stammt, sondern darauf, ob er vernünftig ist, kommt es an. Im Allgemeinen knüpft der Entwurf mit Recht an das Bestehende an. Wir leben in einer Zeit unausgeglichener wirthschaftlicher Gegensätze, deren Aussöhnung lange Zeit erfordert. Bis dahin, daß solche eintritt, mit der Herstellung eines einheitlichen, bürgerlichen Rechts zu warten, widerstreitet den Lebensinteressen des deutschen Volks. Bei dem raschen Wandel aller Dinge wäre es vermessen, ein Gesetzbuch für die Ewigkeit schaffen zu wollen. Bauen wir das Haus, mögen die Enkel es nach ihren Bedürfnissen und ihrer besseren Erkennt-

niß umgestalten. So ist, wie wir erkannt zu haben glauben, die Grundanschauung des Deutschen Anwaltstandes, so tritt sie auch in unsern Gutachten zu Tage. Der Entwurf ist eine durchaus brauchbare Unterlage für ein gutes Bürgerliches Gesetzbuch. Möge — das hoffen wir zuversichtlich — dem neuen Reichstage der Ruhm beschieden sein, das deutsche Volk aus einem Zustande zu erlösen, der an sich höchst beklagenswerth, nur durch lange Gewöhnung einigermaßen erträglich geworden ist.

Berlin, Dresden, Leipzig, München, Stuttgart, Rostock, Gießen und Zweibrücken, im Dezember 1889.

Der Vorstand des Deutschen Anwalt-Vereins.

Dr. von Wilmowski,
Geheimer Justizrath,
Vorsitzender.

Dr. Schaffrath,
Justizrath,
Stellvertretender Vorsitzender.

Mecke,
Justizrath,
Schriftführer.

Erythropel,
Justizrath,
Stellvertretender Schriftführer.

von Auer,
Justizrath.

Leipheimer,
Rechtsanwalt.

Crull,
Rechtsanwalt.

Dr. Reatz,
Rechtsanwalt.

Gebhart,
Rechtsanwalt.

Verzeichniß der Gutachter.

Vorwort.

Der Deutsche Anwaltverein hat in § 1 Ziff. II seiner Satzungen die Förderung der Rechtspflege und der Gesetzgebung des Deutschen Reichs als einen Vereinszweck aufgestellt und in Erfüllung der selbstgewählten Aufgabe seither an der Lösung der großen Gesetzgebungsfragen, welche die Schaffung des Deutschen Reichs im Gefolge hatte, nach besten Kräften mitgewirkt. Auch bei der wichtigen Gesetzgebungsarbeit, welche die Herstellung eines einheitlichen bürgerlichen Rechts erstrebt, glaubt er nicht zur Seite stehen zu dürfen. In einer Reihe von selbstständigen Aufsätzen sollen die einzelnen Abschnitte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs besprochen werden. Der ursprüngliche Plan, die Gutachten nach der Folgeordnung des Entwurfs zu veröffentlichen, läßt sich in Anbetracht des verschiedenen Umfangs der von den einzelnen Gutachtern übernommenen Aufgaben und der Nothwendigkeit einer schleunigen Bekanntgabe nicht einhalten. Die Gutachten werden daher in der Reihenfolge veröffentlicht, in welcher sie eingehen.

Wir übergeben das erste Heft der Oeffentlichkeit. Mag das Urtheil über den Werth oder Unwerth der Arbeiten fallen wie es wolle, immerhin sind diese Arbeiten zum Besten des Vaterlandes gebotene Gaben unabhängiger, mit den Rechts-

bedürfnissen des deutschen Volks vertrauter Männer, die gleich allen ihren Standesgenossen von dem aufrichtigen Streben beseelt sind, das große Werk in vollendetster Gestalt zum glücklichen Abschluß zu bringen. Mögen ihre Bemühungen freundlich aufgenommen werden.

Der vom Vorstand des Deutschen Anwaltvereins erwählte Ausschuß.

Adams. Wilke. Mecke. Hartmann. Erythropel.

Das Verhältniß des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Von Justizrath Mecke in Leipzig.

Zwar ist der Entwurf des Einführungsgesetzes und die auch für diesen Entwurf in Aussicht genommene Begründung noch nicht der allgemeinen Beurtheilung übergeben, nach dem aber, was über den Inhalt des Einführungsgesetzes in die Oeffentlichkeit gedrungen,*) läßt sich schon jetzt zu der Frage Stellung nehmen, ob der Entwurf des Gesetzbuchs und das Einführungsgesetz das Maß desjenigen, was von Landesgesetzen bestehen bleiben soll, richtig bemessen haben.

Der Art. 32 des Entwurfs nimmt einen kräftigen Anlauf zu Gunsten des Reichsrechts, indem er bestimmt:

> Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuche oder in diesem Gesetze bestimmt ist, daß sie in Kraft bleiben sollen.

Allein ausweise der folgenden Art. 33—91 überläßt das Reichsrecht erhebliche Theile rein oder wenigstens wesentlich bürgerlichen Rechts den Landesgesetzen und zwar gemäß Art. 3 des Entwurfs zum Einf. Ges. in dem Sinne, daß die Landesgesetzgebung an Stelle der bestehenden neue Vorschriften zu setzen befugt ist.

Außer der Reihe steht von jenen Vorschriften der Art. 33:

> In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Vorschriften des Bürgerlichen

---

*) Anmerkung: Vergl. die Juli-Nummern 309, 312, 314, 316, 328, 340 der Norddeutschen Allgemeinen Zeitung von 1888.

Gesetzbuchs nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

Man wird das Angemessene dieser Bestimmungen gern und rückhaltlos anerkennen und nur dem Wunsche Ausdruck verleihen wollen, daß die Hausgesetze überall in geeigneter Form veröffentlicht werden mögen.*) Nicht zweifelsfrei ist es aber, wenn weiter die Vorschriften der Landesgesetze in wesentlichen Beziehungen unberührt bleiben sollen in Ansehung:

der ehemaligen reichsständischen Häuser und des ehemaligen Reichsadels;

ferner über:

Familienfideikommisse, Lehen, Stammgüter. Beschränkte Hypothek an Grundstücken. Belastung und Veräußerung von Grundstücken gegen Verbot. Bergrecht. Wasserrecht. Deich- und Sielrecht. Agrarrecht. Enteignung. Jagd und Fischerei. Zwangsrechte, Bannrechte, Realgewerbeberechtigungen. Regalien. Gesinderecht. Pfandleihgewerbe, Pfandleihanstalten. Erwerbsfähigkeit der Mitglieder religiöser Orden und ordensähnlicher Kongregationen. Leitung und Erwerbsfähigkeit juristischer Personen. Konkurs juristischer Personen. Privatrechtliche Vorschriften der Civilprozeßordnung als Landesgesetz. Rechtshängigkeit in Rechtsstreitigkeiten, welche nicht nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung zu erledigen sind. Sicherheitsleistung von Beamten und Gewerbetreibenden. Ansprüche und Verbindlichkeiten der Beamten. Haftung der Beamten wegen fahrlässiger Verletzung ihrer Amtspflichten. Haftung des Staates und der Kommunalverbände für den von ihren Beamten zugefügten Schaden. Staatsschuldbücher, Umschreibung der Staatsschuldverschreibungen. Räumungsfristen bei der Miethe von

*) Anmerkung: Vergl. über die Zweckmäßigkeit dieser Veröffentlichung die Vorrede in Schultze, Die Hausgesetze der regierenden Deutschen Fürstenhäuser. Jena 1862, Verlag von Friedrich Mauke.

Wohnungen. Leibgedingsvertrag. Anspruch aus verlorenen Zinsscheinen. Kraftloserklärung von Urkunden und Zahlungssperre. Pfändung, Pfandgeld, Ersatzgeld. Ersatz des an Grundstücken entstandenen Schadens. Ersatz des bei einer Zusammenrottung u. s. w. entstandenen Schadens. Rückerstattung öffentlicher Abgaben und Kosten eines Verfahrens. Eigenthumsbeschränkung im öffentlichen Interesse. Nachbarrecht bei Waldgrundstücken. Uebertragung des Eigenthums durch Gesetz. Zueignung von Tauben. Theilung und Belastung von Grundstücken. Abbau nichtbergrechtlicher Mineralien. Gottesdienstliche Gebäude, Begräbnißstätten. Miteigenthumsrechte an Gebäuden. Hypothekentitel des Fiskus. Vorrang für Meliorationsdarlehen. Unschädliche Befreiung belasteter Grundstücke. Herstellung zerstörter Gebäude. Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung. Bevormundung durch den Vorstand einer Verpflegungsanstalt. Gemeindewaisenrath. Rechte des Fiskus und anderer juristischer Personen an dem Nachlasse verpflegter Personen. Gesetzliches Erbrecht des Fiskus. Anerbenrecht. Fürsorge des Nachlaßgerichtes. Vermittelung der Erbtheilung ohne Antrag. Testamentsvollstreckung durch Notare. Nichtstreitige Rechtspflege.

Was zunächst die vornehmen Geschlechter des alten deutschen Reichs betrifft, so ist bestimmt Art. 34:

> In Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter der ehemals reichsständischen seit 1806 mittelbar gewordenen Häuser sowie des ehemaligen Reichsadels bleiben die Vorschriften der Landesgesetze, sowie nach Maßgabe der Landesgesetze die Vorschriften der Hausverfassungen unberührt.

Ueber die den ehemals reichsständischen seit 1806 mittelbar gewordenen Häusern sowie dem ehemaligen Reichsadel im neuen deutschen Reich und den Einzelstaaten gebührende Stellung ist schon viel gestritten, geschrieben und gesprochen worden. Der Rechtspunkt ist ziemlich klar. Das neue deutsche Reich ist nicht der Rechtsnachfolger des alten; die Einzelstaaten sollen den gedachten

Familien aber halten, was sie denselben versprochen haben. Deshalb ist die bezügliche Bestimmung des Entwurfs angemessen und hat auch Anspruch auf dauernde Geltung. Wir leben auch der Hoffnung, daß der durch Anerkennung ihrer bevorzugten Sonderstellung von Neuem gesicherte Glanz der Familie den mit der Geschichte des deutschen Volkes in guten wie bösen Tagen eng verknüpften alten Geschlechtern ein Sporn sein wird, dem neuen deutschen Reiche mit Freude und Begeisterung zu dienen und dadurch sich Vorrechte dauernd zu sichern, deren Berechtigung sonst im Laufe der Zeiten verblassen könnte. Daß die angemessene Veröffentlichung der Hausgesetze im Interesse des Rechtsverkehrs geboten erscheint, wollen wir auch hier im Vorübergehen bemerken.

Was die Familienfideikommisse, Lehen, Stammgüter, die beschränkte Hypothek an Grundstücken, die Belastung und Veräußerung von Grundstücken gegen Verbot, das Bergrecht, Wasserrecht, Deich- und Sielrecht, Agrarrecht, die Enteignung, Jagd und Fischerei, betrifft, so finden wir die Gründe, warum diese von der Reichsgesetzgebung nicht betroffen werden sollen, bereits in den Motiven zum Sachenrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allerdings ist für die Einrichtung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur der Beweis zu führen, warum gewisse Rechtsstoffe nicht in das Gesetzbuch aufgenommen werden sollen. Allein die gedachten Gründe haben auch in ihrer gewollten und berechtigten Beschränkung eine größere Tragweite. Vergl. Motive Band III. S. 4 ff. Dort heißt es:

> Der Grund, weshalb keine dieser Rechtsmaterien in dem Entwurfe geordnet wird, liegt in der Aufgabe, welche das Bürgerliche Gesetzbuch zu lösen hat. Diese Aufgabe besteht in der Herstellung eines einheitlichen Privatrechtes für das Deutsche Reich, erstreckt sich mithin an sich nicht auf das öffentliche Recht. Freilich haben beide Gebiete mancherlei Berührungspunkte, so daß einzelne Eingriffe in das öffentliche Recht sich nicht vermeiden lassen. Allein die Regelung geschlossener Theile dieses Gebietes in dem Bürgerlichen Gesetzbuche würde über den Zweck, welchem letzteres zu dienen bestimmt ist, hinausgehen. Ferner bringt es die Rücksicht auf das praktische Bedürfniß, welches durch die gegenwärtige Kodifikation befriedigt werden soll, mit sich, daß diejenigen Rechtstheile bezw. Rechtsinstitute ausgeschieden

werden, welche eine rein lokale oder eine nur vorübergehende Bedeutung haben, indem sie entweder so eng mit den örtlichen Verhältnissen zusammenhängen, daß sie der angemessenen Regelung für einen größeren Bezirk überhaupt widerstreben, oder aber dem Rechtsbewußtsein weiterer Kreise der Bevölkerung entschwunden sind.

Wir können dieser Auffassung nicht unbedingt beipflichten und möchten besonders dagegen Widerspruch erheben, daß durch die bezüglichen Bestimmungen des Einführungsgesetzes für die bezeichneten Rechtsstoffe eine Art Schutzbrief gegen das Eingreifen der Reichsgesetzgebung ausgestellt wird. Wir sind auch der Ansicht, daß bei einzelnen Stoffen die Einfügung in das Bürgerliche Gesetzbuch sehr wohl thunlich wäre. Indessen um diesen Punkt wollen wir nicht rechten. Findet diese Einfügung Schwierigkeiten, so wird es genügen, in besonderen Gesetzen, welche mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche in Kraft treten, die Ordnung zu treffen, wie dies ja auch für das Wechsel- und Handelsrecht, letzteres ergänzt durch Bestimmungen über die Binnenschifffahrt, die Versicherung und den Verlagsvertrag in Aussicht genommen ist.

Unberührt sollen also bleiben nach dem Entwurfe die Vorschriften der Landesgesetze über Familienfideikommisse und Lehen, einschließlich der allodifizirten Lehen und Stammgüter. Auch diesem Satze stimmen wir bei. Hinsichtlich der Lehen können sicherlich kaum Bedenken obwalten. Das Lehnrecht ist abgestorben, was noch übrig ist, erscheint so verschiedenartig gestaltet und so im Verscheiden begriffen, daß eine reichsrechtliche Ordnung kaum ausführbar ist. Der einzige Satz, der reichsrechtlich aufgestellt werden könnte, wäre, daß die Lehne abgeschaft werden sollten. Indessen ein solcher Spruch ist überflüssig, weil sich die Abschaffung im Laufe der Zeit von selbst vollzieht und es den Einzelstaaten füglich überlassen werden kann, nach würdigem Begräbniß die Erbauseinandersetzung unter billiger Berücksichtigung aller Betheiligten zu bewirken. Auch in Ansehung der Stammgüter liegt ein Bedürfniß reichsgesetzlicher Regelung kaum vor. In Ansehung der Fideikommisse hängt die Frage der Nothwendigkeit reichsgesetzlicher Regelung von der volkswirthschaftlichen Anschauung ab. Der Streit über die vermeintliche Schädigung des Volkswohlstandes durch Festlegung großer Vermögensmassen und die Bevorzugung einzelner Familienmitglieder durch Begünstigung der Familienfideikommisse ist alt. Unleugbar handelt es sich dabei um

Fragen, welche dem Gebiete des bürgerlichen Rechts angehören; unleugbar ist ein Uebermaß von Familienfideikommissen dem Volkswohlstande nicht zuträglich. Dennoch hoffen wir schon um des Friedens willen mit Zuversicht, daß der Streit besonders ausgetragen wird, wenn derselbe überhaupt austragsfähig ist. Wir bezweifeln letzteres. Allerdings ist es vom Standpunkte des natürlichen Rechts sehr anfechtbar, daß Jemand für Jahrhunderte über das Schicksal von Vermögen bestimmen soll, über das er mit dem Tode die Macht verliert. Indessen von diesem Standpunkte aus ließe sich die Zulässigkeit letztwilliger Verfügungen überhaupt in Frage stellen. Mag auch die Zulassung solcher Verfügungen wegen der irdischen Vergänglichkeit nicht folgerichtig sein, der Gesetzgeber hat mehr zu beachten, als die Grundsätze der Folgerichtigkeit. Unvertilgbar ist in der menschlichen Natur das Bedürfniß begründet, für die näheren und entfernteren Nachkommen nach bestem Wissen zu sorgen und — sich bei denselben in empfehlender Erinnerung zu halten. Selbst die großen Gedanken der französischen Staatsumwälzung zu Ende des vorigen Jahrhunderts haben diesem Bedürfniß der Menschennatur nicht vollständig Widerstand geleistet. Kaum waren die Substitutionen verboten, so hatten sie sich wenn auch in beschränktem Maße wieder einen Platz in der Rechtsordnung gesichert; der vielen Umgehungen des Verbots gar nicht zu gedenken. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Erschwerung der Formen für die Errichtung und eine kräftige Steuer zur Ausgleichung der Verluste, welche der Volkswohlstand durch die Festlegung des Vermögens erleidet, sind ausreichend, um einem Uebermaß der Familienfideikommisse entgegenzuwirken, und nur auf die wirksame Bekämpfung dieses Uebermaßes kommt es an. Wir können den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuche nur beitreten, wenn dieselben Band III Seite 5 sagen:

> Die Errichtung von Familienfideikommissen ist in großen Gebieten des Reiches unstatthaft. Ein Stammgüterrecht und ein besonderes bäuerliches Güterrecht haben nur wenige Staaten. Bei der bestehenden Meinungsverschiedenheit darüber, ob diese Institute dem Gemeinwohle förderlich sind oder nicht, wird man davon ausgehen dürfen, daß in den Gebieten, in welchen sie keine Geltung haben, die Ansicht vorherrscht, daß ihre Einführung keinen Nutzen bringen, sondern schädlich wirken würde. Vom politischen Standpunkte wäre es daher bedenklich, diesen Gebieten von Reichs-

wegen das eine oder das andere Institut aufzudrängen. Nun wäre es freilich möglich, alle drei Institute in dem Bürgerlichen Gesetzbuche zu regeln, die Geltung der zu treffenden Bestimmungen aber für diejenigen Länder und Landestheile, in welchen man ein solches Sonderrecht bisher nicht hatte, von einem Akte der Landesgesetzgebung abhängig zu machen. Allein damit wäre wohl das Prinzip der Kodifikation gewahrt, die von derselben bezweckte Rechtseinigung dagegen nicht erreicht. Muß man aber auf die Rechtseinigung verzichten, so ist es besser, auch die Kodifikation zu unterlassen. Praktische Vortheile von einigem Belange wären davon nicht zu erwarten, da die zu regelnden Verhältnisse nur von lokaler Bedeutung sind. Jedenfalls würden sie überwogen werden von den Unzuträglichkeiten, welche eine Aenderung des geltenden Rechtes gerade für diese in den einzelnen Gebieten sehr verschieden gestalteten Verhältnisse zur Folge haben müßten. Es empfiehlt sich daher, es bei der Zuständigkeit der Landesgesetzgebungen für die fraglichen Rechtsmaterien zu belassen und von Reichswegen nur insoweit einzugreifen, als es die Durchführung gewisser Grundprinzipien des Gesetzbuches nöthig macht.

Läßt man überhaupt Hausvermögen, Lehne, Fideikommisse und Stammgüter bestehen, so ist es auch folgerichtig, die Landesgesetze über Belastung und Veräußerung von Grundstücken gegen Verbot in Geltung zu lassen.

Nicht einverstanden sind wir mit der Verweisung des Bergrechts in das Landesrecht. Die Motive zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs geben hierfür außer den bereits erwähnten leitenden Gesichtspunkten folgende Gründe:

> Das Bergrecht setzt sich aus öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Vorschriften zusammen. An Umfang überwiegen die ersteren. Eine Ausscheidung der letzteren aber würde das richtige Verständniß derselben erheblich erschweren, zur Zerreißung einer Rechtsmaterie führen, welche in den meisten Staaten, die zu ihrer gesetzlichen Regelung gelangt sind, den Inhalt eines einzigen Gesetzes bildet. Es wäre daher wenig angemessen, wenn die bisherige Methode jetzt aufgegeben würde. Sie steht aber einer Einfügung des Bergrechtes in das Bürgerliche Gesetzbuch wegen des vorwiegend publi-

zistischen Charakters dieses Rechtstheiles entgegen, ganz abgesehen davon, daß der reichhaltige Stoff, um welchen es sich handelt, schon aus systematischen Rücksichten besser in einem besonderen Gesetze gestaltet wird.

Allerdings wollen wir kein Gewicht darauf legen, daß das Bergrecht in dem Bürgerlichen Gesetzbuche Aufnahme finde, aber wir sind der Ansicht, daß dasselbe Theil des Deutschen bürgerlichen Rechtes werden muß. Grundsätzlich muß daran festgehalten werden, daß, wenn das Reichsgesetz dem Grundeigenthum über Tage seine Regeln vorschreibt, es auch die Rechtsverhältnisse des Grund und Bodens unter Tage, sowohl zwischen den Besitzern der Oberfläche und den Bergbautreibenden als auch unter diesen selbst zu ordnen berufen ist. Es werden dieser Ordnung auch die Betheiligten nicht unfreundlich gegenüber stehen, nachdem in dem Preußischen Allgemeinen Berggesetz eine annehmbare und von verschiedenen Einzelstaaten bereits angenommene Grundlage für eine den Anforderungen der Gegenwart entsprechende Berggesetzgebung gewonnen ist. Die Motive des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch erkennen mit Recht an, daß einzelne Eingriffe in das öffentliche Recht sich nicht vermeiden lassen. Die Vortheile, welche aus der einheitlichen Regelung des Bergrechts und seiner Anpassung an das Sachenrecht erwachsen, sind zu erheblich, als daß man wegen der Nothwendigkeit gewisser Eingriffe in das öffentliche Recht darauf verzichten sollte, diesen Rechtsstoff einheitlich zu ordnen. Ueberdies besteht diese Nothwendigkeit gar nicht. Denn wenn einmal das öffentliche Recht geschont werden soll, so könnte die Ordnung derjenigen Stoffe, welche wesentlich öffentlichrechtlicher Natur sind, insbesondere die Gestaltung der Knappschaftsvereine, Bergbehörden und der Bergpolizei, welche letztere schon in dem Preußischen Allgemeinen Berggesetz eine ziemlich selbstständige Stellung einnimmt, den Landesgesetzen überlassen werden.

Ueber das Wasserrecht besagen die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch unter gleichzeitiger Berührung des Fischerei-, Jagd- und Forstrechtes folgendes:

> Das Wasserrecht, das Deich- und Sielrecht, das Fischereirecht, das Jagd- und das Forstrecht können im Einzelnen nur nach dem Bedürfnisse und den geschichtlich gegebenen Verhältnissen größerer oder kleinerer Bezirke geregelt werden. Eine mehr als lokale Bedeutung hat die Art und Weise dieser Regelung nicht. Auch bildet der meist polizeiliche Inhalt

der einschlägigen Vorschriften ein weiteres Hinderniß der Kodifikation.

Dieser Auffassung können wir uns, soweit das Wasserrecht in Frage steht, nur bedingt anschließen. Das Deich- und Sielrecht wird allerdings in der Hauptsache eine mehr wie lokale Bedeutung nicht in Anspruch nehmen können. Das Nämliche läßt sich aber von der Benutzung der Wasserläufe nicht mit Grund behaupten. Bunt gestaltet ist das Wasserrecht in Deutschland. Aber die Welle, ihre Benutzung und die Wirkung dieser Benutzung machen nicht an den Grenzen der Einzelstaaten Halt und schon deshalb scheint uns die Aufstellung gewisser allgemeiner Grundsätze ein Gebot der Nothwendigkeit. Ein Theil des Wasserrechts, nämlich die Vorschrift über Anlandungen, entstehende Inseln und verlassene Flußläufe, scheint uns überdies einer alsbaldigen Ordnung durch Reichsgesetz empfänglich, wie dieser Theil am Unbedenklichsten für das bürgerliche Recht in Anspruch genommen werden darf. Wir verkennen indeß nicht, daß eine erschöpfende Ordnung des Wasserrechts durch das ganze Deutsche Reich eine außerordentlich schwierige Aufgabe ist, auf die aber wir nicht verzichten dürfen, wenn wir sie vielleicht auch nothgedrungen einem späteren Geschlecht überlassen müssen.

Hinsichtlich des Agrarrechts bestimmt der Entwurf zum Einführungsgesetz, daß unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Gemeinheitstheilung, die Zusammenlegung von Grundstücken, die Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse und die Ablösung von Dienstbarkeiten und Reallasten betreffen. Wer die Wohlthaten der preußischen Agrargesetzgebung kennt, möchte sich vielleicht versucht fühlen, dieselben dem ganzen Deutschen Reich zu wünschen, indessen treten wir doch den Motiven zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei, welche a. a. O. geltend machen:

> Bei der Gemeinheitstheilung und den übrigen agrarrechtlichen Prozeduren überwiegt gleichfalls der Charakter des Verfahrens. Auch handelt es sich hier, wenn man von dem Zusammenlegungs- und dem Ablösungsverfahren absieht, meist nur um die Befriedigung vorübergehender Bedürfnisse, weil die Verhältnisse, auf welche jene Prozeduren berechnet sind, in Zukunft nicht häufig von Neuem sich bilden werden.

Was die Zwangsenteignung anlangt, so hätten wir lieber gesehen, wenn dieser mit der Ordnung des Grundeigenthumsrechts

zusammenhängende Stoff entweder durch Einfügung entsprechender Bestimmungen in den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder besonderes Gesetz dem Landesrecht entzogen worden wäre. Freilich bemerken die Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Anschluß an das über das Bergrecht Gesagte:

> Mit dem Enteignungsrechte verhält es sich ähnlich. Zwar sind die dasselbe betreffenden Vorschriften entfernt nicht so umfangreich wie die bergrechtlichen Bestimmungen, so daß ihre Unterbringung in dem Gesetzbuche kaum auf besondere Schwierigkeiten stoßen würde. Dafür aber spielt bei der Enteignung das Verfahren eine vielleicht noch wichtigere Rolle als im Bergrechte, und daß Verfahrungsvorschriften nicht in eine Kodifikation des materiellen Rechtes gehören, wenn nicht ausnahmsweise zwingende Gründe für ihre Aufnahme vorliegen, folgt aus ihrer formalen Natur ohne Weiteres.

Der Schwierigkeit hinsichtlich des Verfahrens könnte sogar durch Einfügung eines besonderen Abschnittes in die Civilprozeßordnung begegnet werden. Das Verfahren kann aber keinen Grund abgeben, den Stoff ganz der reichsgesetzlichen Ordnung zu entziehen, zumal das Reich selbst vielfach in die Nothwendigkeit versetzt ist, von dem Enteignungsrechte Gebrauch zu machen.

Daß die Vorschriften der Landesgesetze über Jagd und Fischerei, mit Einschluß der Vorschriften über den Ersatz des Wildschadens unberührt bleiben sollen, läßt sich ebenfalls nicht als berechtigt anerkennen. Der Vermögenserwerb durch Jagd und Fischerei gehört dem bürgerlichen Rechte an und in Ansehung der Fischerei darf auf das zum Wasserrechte Gesagte verwiesen werden.

Die einheitliche Ordnung der Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen, bezüglich deren die Vorschriften der Landesrechte unberührt bleiben sollen, empfiehlt sich aus volkswirthschaftlichen Gründen.

Die Vorschriften der Landesgesetze über die Regalien sind staatsrechtlicher Natur und ist ein Eingriff der Reichsgesetzgebung auf diesem Gebiete rechtlich nicht zu begründen.

Das Gesinderecht ist vorbehaltlich der einschlagenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 64—71, 224, 567, 711 bis 713, 1277) der Landesgesetzgebung anheimgegeben. Mit Rücksicht auf die berechtigt-verschiedenartige Gestaltung des Gesindewesens in den einzelnen Deutschen Staaten erscheint eine reichsgesetzliche Ordnung

um so weniger angezeigt, als die im Flusse befindliche Kranken- und Unfallversicherungsgesetzgebung auch dieses Gebiet ergreifen wird.

Den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleihen und der Pfandleihanstalten sähen wir lieber durch die Reichsgesetzgebung geordnet; ein schwerwiegender Grund, die Ordnung mit der des bürgerlichen Rechts im Allgemeinen in Zusammenhang zu bringen, besteht indessen nicht.

Die todte Hand ist in dem Einführungsgesetz mit großer Vorsicht behandelt. Es heißt im Art. 48:

> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Wirksamkeit von Schenkungen an Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen von staatlicher Genehmigung abhängig machen.
>
> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche bestimmen, daß Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen von Todeswegen nur mit staatlicher Genehmigung erwerben können.....

Unserer Ansicht nach sollte für das ganze Reich für die vorausgesetzten Fälle die staatliche Genehmigung unbedingt vorgeschrieben werden. Der Satz, daß nicht zuviel Güter in die todte Hand gebracht werden sollen, ist in der Volkswirthschaftslehre unbestritten. Weil es sich um den Erwerb von Vermögen, um den Wechsel der im Staate befindlichen Vermögensstücke handelt, ist er bei der Ordnung des bürgerlichen Rechtes anzuwenden. Mit der Freiheit in der Ausübung des religiösen Bekenntnisses und der Bildung religiöser Körperschaften hat das Gebot staatlicher Genehmigung Nichts zu thun. In dem katholischen Frankreich bestand dasselbe in Ansehung der gens de main morte schon Jahrhunderte vor dessen großen Staatsumwälzung. Indessen, wie die Dinge liegen, wird man sich bescheiden und die Aufrechterhaltung der Landesgesetze für ausreichend erachten müssen.

Ueber die juristischen Personen ist gesagt Art. 49:

> Unberührt bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über die Verwaltung und Beaufsichtigung juristischer Personen.
>
> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen. Ist zu einem Erwerbe von Todeswegen staatliche Genehmigung erforderlich, so finden die Vorschriften des Art. 48 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Anwendung.

> Auf juristische Personen, deren juristische Persönlichkeit auf besonderer reichsgesetzlicher Vorschrift beruht, finden die Vorschriften des zweiten Absatzes keine Anwendung.

Was die Rechte und Pflichten der juristischen Personen anlangt, so wollen wir der Ueberzeugung Ausdruck verleihen, daß dem Landesrecht eine allzugroße Macht verblieben ist. Der Abschnitt des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs über die juristischen Personen ist nach der Ansicht wohl aller mit dem Rechtsverkehr in Deutschland vertrauten Männer ungenügend und bedarf einer recht wohl möglichen reichsgesetzlichen Ergänzung, deren Nothwendigkeit die Mitglieder des Anwaltstandes, welche fast täglich mit den sich aus den in den meisten Einzelstaaten, insbesondere in Preußen ergebenden Schwierigkeiten in dem Rechtsverkehr mit Personenvereinen zu kämpfen haben, gewiß eingehend darlegen werden.

Von den weiteren Vorbehalten des Einführungsgesetzes zu Gunsten der Landesgesetzgebung können eine ganze Reihe als selbstverständlich oder unwesentlich und zweifellos nicht geeignet, auf die Billigung des Bürgerlichen Gesetzbuchs einen hemmenden Einfluß zu äußern, übergangen werden. Besonderer Erwähnung bedarf aber die Haftpflicht der Beamten und des Staates wie der Kommunalverbände für ihre Beamten.

Wiewohl Zweifel erhoben werden können, so mag es doch nicht zu beanstanden sein, daß die Vorschriften der Landesgesetze, welche bestimmen, daß ein Beamter wegen des aus fahrlässiger Verletzung einer Amtspflicht entstandenen Schadens erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Beschädigte auf andere Weise Ersatz des Schadens nicht zu erlangen vermag, unberührt bleiben. Man hätte den bisher in Preußen in Geltung gewesenen Grundsatz zu einem reichsgesetzlichen erheben können, denn es ist nicht unbillig, den Beamten erst dann für die Folgen seines Versehens verantwortlich zu machen, wenn dasselbe durch Inanspruchnahme der Hauptverpflichteten nicht mehr auszugleichen ist. — Unberührt bleiben noch ferner nach Art. 56:

> Die Vorschriften der Landesgesetze über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten zugefügten Schaden, unbeschadet der Vorschriften der §§ 46, 63 Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Nach § 46 des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs haftet die Körperschaft für den Ersatz des Schadens, welchen ihr Vorstand oder ein Mitglied desselben durch eine in Ausübung seiner Vertretungsmacht begangene widerrechtliche zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat. Nach § 63 des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben die landesrechtlichen Vorschriften, welche dem Fiskus juristische Persönlichkeit zugestehen, unberührt. Die Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs Band I Seite 203 begründen den im § 46 aufgestellten Rechtssatz und sagen dann:

> Die Vorschrift hat für private wie öffentlich rechtliche Körperschaften Geltung. Es liegt kein Grund vor, die Vertreter des Staates und der Gemeinden, soweit sie in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht handeln, anders zu stellen, als die Vertreter sonstiger Körperschaften. Die öffentlichrechtliche Frage, ob und wieweit der Staat bezw. eine Gemeinde denjenigen Schaden zu ersetzen habe, welchen ein Beamter bei Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zufüge, bleibt unberührt und beantwortet sich nach den Landesgesetzen.

Diesem Grunde verdankt der Art. 56 des Einführungsgesetzes seine Entstehung. Wir sind der Meinung, daß die Bestimmung der vermögensrechtlichen Folgen einer widerrechtlichen Schadenszufügung durch einen Beamten in allen Fällen dem bürgerlichen Rechte zuzuweisen war und reichsrechtlich dahin geordnet sein sollte, daß der Staat und die sonstigen staatlichen Verbände in allen Fällen haften. Die Reichsgesetzgebung würde sich ein großes Verdienst erwerben, wenn sie in diesem Punkte einmal klare Bahn schaffte. Das Ansehen des Staates leidet nicht darunter, daß er für die Versehen seiner Beamten überhaupt mit dem Staatsvermögen einzustehen hat. Das Letztere wird und muß aber die in Folge dessen ihm erwachsenden Verpflichtungen ertragen können. Die Frage ist bereits so ausgiebig erörtert, daß dieselbe wohl zum Spruche gestellt werden könnte, und dieser sollte zu Gunsten der allgemeinen Haftbarkeit des Staates ausfallen.

Daß die landesrechtlichen Vorschriften, welche die Theilung von Grundstücken untersagen oder beschränken, unberührt bleiben sollen, kann nicht befremden. Die Erörterungen zu der volkswirthschaftlichen Frage über die unbedingte Freigabe der Theilung von Grundeigenthum sind nicht abgeschlossen. Während vor einigen Jahr-

zehnten diese Freigabe von vielen Seiten als unerläßlich hingestellt wurde, mehren sich die Anzeigen einer rückläufigen Bewegung. Uns scheint in vielen Fällen eine gewisse Beschränkung der Theilbarkeit den Vorzug zu verdienen, und jedenfalls liegen die Dinge nicht so, daß die Reichsgesetzgebung Anlaß hätte, die unbedingte Theilbarkeit als reichsgesetzliche Vorschrift aufzustellen. Es kommt hinzu, daß die Ordnung der bäuerlichen Erbfolge mit der Frage der Untheilbarkeit des Grund und Bodens in einem gewissen Zusammenhange steht und die landesgesetzlichen Vorschriften über das Anerbenrecht mit gewissen Einschränkungen unberührt bleiben sollen. Die Reichsgesetzgebung hat keinen ausreichenden Grund, das Anerbenrecht ganz zu beseitigen, andererseits liegen die Verhältnisse in den Einzelstaaten zu verschieden, als daß der Versuch einer reichsgesetzlichen Ordnung gutzuheißen wäre. Es kommt hinzu, daß, wenigstens nach unserer Ansicht, wie sehr man auch in Preußen in den letzten Jahren dagegen anzukämpfen bestrebt gewesen ist, die besondere bäuerliche Erbfolge dem allmählichen Untergange geweiht ist und es nicht die Aufgabe der Reichsgesetzgebung sein kann, absterbendes Recht zu ordnen und ihm gegen den Lauf der Zeiten künstlich neues Leben einzuhauchen. Von diesem Standpunkte möchten wir auch die reichsrechtliche Ordnung des Leibgedingsvertrags nicht für angemessen halten und die Vorschrift des Art. 59 des Entwurfs:

> Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für den mit der Ueberlassung eines Gutes in Verbindung stehenden Leibgedingsvertrag, Leibzuchtsvertrag, Altentheilsvertrag oder Auszugsvertrag das Schuldverhältniß zwischen den Vertragschließenden insoweit regeln, als eine besondere Vereinbarung nicht getroffen wird;

billigen.

Es wird auch kein Bedenken erregen, daß die landesgesetzlichen Rechte auf den Nachlaß einer verpflegten oder unterstützten Person zu Gunsten des Fiskus oder anderen juristischen Personen aufrechterhalten sind und die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen das gesetzliche Erbrecht des Fiskus andern Personen als dem Fiskus zusteht.

Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Angelegenheiten der nichtstreitigen Rechtspflege sollen ebenfalls im Wesentlichen unberührt bleiben. Wir denken aber, die Nothwendigkeit des Erlasses eines Reichsgesetzes über diesen Gegenstand wird sich bald geltend

machen; es erscheint jedoch nur angezeigt, den Wunsch nach einem solchen lebhaften Ausdruck zu verleihen.

So der wesentliche Inhalt des Entwurfs zum Einführungsgesetz, so unsere Bedenken. — Wie soll sich das Deutsche Volk zu der Frage der Abgrenzung von Reichs- und Landesrecht stellen? Unseres Dafürhaltens bleibt keine Wahl. Das Gute nehmen, das Beste erstreben, wird es heißen müssen. Wir Anwälte zumal werden nicht, weil vermeintlich nicht genug geboten ist, unsere Stimme für Ablehnung der Gabe erheben. Denn diese ist, wenn wir die bestehenden Verhältnisse in Vergleich bringen, unter allen Umständen eine überreiche.

Der Anwaltstand hat unserer Meinung nach allen Grund, die Gesetzeskraft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, selbst mit allen Einschränkungen des Einführungsgesetzes, herbeizuwünschen. Wir wollen hier nicht besonders betonen, wie dies Gesetzbuch auch in seiner gegenwärtigen Gestalt die deutsche Einheit fester kitten wird; als Rechtsanwälte, von denen die Rechtsuchenden Auskunft auch über die außerhalb der Grenzen des Einzelstaates hinausgeltenden Rechtszustände zu verlangen gewohnt und berechtigt sind, müssen wir der Verlegenheiten gedenken, welche uns die Zerrissenheit und Vielgestaltigkeit des bestehenden Zustandes in Ansehung des bürgerlichen Rechts in Deutschland bereitet, nicht minder der unnützen kostspieligen Schwierigkeiten, welche dieser Zustand den Rechtsuchenden verursacht. Dem wird, wenn der Entwurf Gesetz wird, zwar nicht mit einem Schlage, aber doch in naher Zeit abgeholfen. Die Vorbehalte, welche das Einführungsgesetz zu Gunsten der Landesgesetze macht, bereiten keine unüberwindlichen Hindernisse; dagegen werden wir uns aber mit aller Kraft wenden müssen, daß diejenigen Rechtsstoffe auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, deren reichsgesetzliche Regelung wir für nothwendig erkennen, durch das Einführungsgesetz auf unabsehbare Zeit bei Seite gestellt werden. Unseres Dafürhaltens wird in Ansehung des Bergrechts, der Enteignung, des Wasserrechts, der Jagd und Fischerei, der juristischen Personen und der Personenvereine überhaupt, endlich der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates für die Handlungen seiner Beamten und der nichtstreitigen Rechtspflege die reichsgesetzliche Regelung mit Nachdruck fort und fort in Anspruch zu nehmen sein.

Auch der Reichstag wird empfinden, daß mit der Genehmigung

des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Gestalt, in welcher es jetzt veröffentlicht ist, und welche bei der Vorlage voraussichtlich sich nicht wesentlich verändert haben wird, der Kreis der reichsgesetzlichen Aufgaben in Ansehung des bürgerlichen Rechts bei Weitem nicht erschöpft ist. Er wird Entsagung üben müssen um des Vaterlandes willen, er wird aber wie wir hoffen dagegen Verwahrung einlegen, daß was von bürgerlichem Recht neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch übrig ist, für immer dem Landesrechte verbleibt. Bestimmten Ersuchen an die hohen verbündeten Regierungen wird der alsbaldige Erfolg nicht fehlen.

Juristische Personen mit besonderer Berücksichtigung der modernen Personenvereine.

Von Rechtsanwalt Hermann Kausen (Düsseldorf).

Die Rechtssätze des Entwurfs über juristische Personen (§ 41 bis 63) haben eines der dunkelsten Gebiete unseres heutigen deutschen Privatrechts zum Gegenstande. Eine einheitliche Regelung der Fragen:

1. Wie entsteht und vergeht die juristische Person?
2. In welcher Weise tritt sie im Rechtsleben handelnd auf?

würde vom Standpunkt des praktischen Bedürfnisses mit Befriedigung begrüßt werden.

Diese einfachste und klarste Lösung der obwaltenden Schwierigkeiten scheitert aber an dem Umstande, daß auf diesem Gebiete die Bedürfnisse des in den einzelnen Bundesstaaten verschieden gestalteten Staatsrechts eine ganz besondere Beachtung beanspruchen können. Der Entwurf hat darum mit Recht den Landesgesetzen einen weiten Spielraum eingeräumt, und die Kritik der vorgeschlagenen Rechtsnormen wird sich von vornherein auf die Prüfung der Frage beschränken müssen, ob die richtigen Grenzen dieser grundsätzlich zu billigenden Nachgiebigkeit innegehalten sind. Ich glaube diese Frage verneinen zu müssen.

Zum Verständnisse der im Nachstehenden geltend gemachten Bedenken ist es unerläßlich, den Rechtszustand, wie er sich nach dem Vorschlage des Entwurfs in Zukunft darstellen wird, in allgemeinen Zügen zu schildern. Die knappen Rechtssätze der §§ 41, 42, 43, 58, 62, werden dem Laien wie ein Buch mit sieben Siegeln erscheinen, aber auch der Rechtsverständige wird durchgängig nur mit Hülfe der von dem Verfasser der Motive gegebenen interessanten Erläuterungen eine klare Vorstellung von der künftigen Gestaltung dieses Rechts-

gebiets gewinnen können. Eine recht bunte Musterkarte breitet sich da vor unseren Augen aus!

Der Entwurf unterscheidet:

1. Körperschaften. § 41—57.

Entstehung und Untergang richten sich, sofern nicht besondere reichsgesetzliche Vorschriften bestehen, nach dem Landesrecht.

Das Gleiche gilt im Allgemeinen von der Verfassung, doch greifen hier die § 44—57 theils ergänzend theils zwingend ein.

2. Stiftungen.

Das Landesrecht tritt mehr in den Hintergrund. Das Stiftungsgeschäft als solches ist reichsgesetzlich geordnet, doch bleiben die landesrechtlichen Vorschriften, welche noch andere Erfordernisse (beispielsweise dasjenige der behördlichen Genehmigung) aufstellen, in Kraft. Für das Erlöschen der Stiftungen ist lediglich das Landesrecht maßgebend. Die §§ 44—57 sind theilweise anwendbar erklärt.

3. Der Fiskus in seinen verschiedenen Stationen. (§ 63.)

Das Landesrecht bleibt unberührt. Die Stellung dieser Bestimmung am Schlusse des Abschnitts III drückt aus, daß keine der vorhergehenden Bestimmungen auf den Fiskus Anwendung finden soll.

Die erheblichste Bedeutung kommt unbestritten den Personenvereinen (Körperschaften) zu. Die durch Reichsgesetz geschaffenen Körperschaften fügen sich ohne Schwierigkeit in den Rahmen des Entwurfs ein. Die Reichsgesetzgebung ist bekanntlich auf diesem Gebiete besonders fruchtbar gewesen. Sie hat in verschiedener Art und zu verschiedenen Zwecken juristische Personen in's Leben gerufen, bald unmittelbar durch eine verfügende Norm des Gesetzes, (z. B. die Reichsbank § 12 G. 14./3. 1875) bald durch Aufstellung sogenannter Normativbedingungen, durch deren Erfüllung Personenvereine einen Rechtsanspruch auf Anerkennung als juristische Personen erlangen. In letzterer Beziehung sei an die dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehörigen Krankenkassen, Berufsgenossenschaften, Innungen, Innungsverbände und eingeschriebenen Hülfskassen, sowie an die der Gestaltung des privatrechtlichen Erwerbslebens dienenden Aktiengesellschaften und Genossenschaften erinnert. Alle diese Körperschaften sind in Zukunft unzweifelhaft als juristische Personen anzusehen. (Vergl. § 41 in Verbindung mit den Erläuterungen, welche die Motive zu diesem Punkte geben.) Bei der Entstehung der gedachten Körperschaften findet zwar durchweg eine gewisse Mitwirkung staatlicher Behörden statt, dieselbe ist aber in den meisten Fällen auf die

Prüfung der Frage beschränkt, ob die vom Gesetze aufgestellten Normativbedingungen erfüllt sind. Die Art und Weise jener behördlichen Mitwirkung ist sehr verschieden gestaltet: bald handelt es sich um die Thätigkeit eines Gerichts in der Eigenschaft einer sogenannten Registerbehörde, bald ist die Entscheidung in die Hand der höheren Verwaltungsbehörde, des Bundesraths oder des Reichsversicherungsamts gelegt.

Rechtsbildungen von ähnlichem Charakter begegnen uns auch auf dem Gebiete des Landesrechts, so in Preußen die Waldgenossenschaften und die Genossenschaften des Wasserrechts. Ob die im § 41 des Entwurfs angenommene Bestimmung des Inhalts der juristischen Persönlichkeit auch auf die preußische Gewerkschaft paßt, wird in der Wissenschaft ebenso streitig bleiben, wie dieselbe Frage bezüglich der offenen Handelsgesellschaft auf dem Gebiete des Reichsrechts. Es wäre wünschenswerth, wenn diese Zweifel durch eine andere Fassung des § 41 gehoben werden könnten. Es dürfte sich überhaupt empfehlen den Rechtssatz des § 41 durch Anführung der verschiedenen Gattungen und Arten juristischer Personen dem allgemeinen Verständnisse näher zu rücken. Oder trägt man Bedenken, die den Aktiengesellschaften und Genossenschaften zugedachte juristische Rangerhöhung aus dem Dunkel der Motive in das Licht der Oeffentlichkeit zu stellen?

Die bisher erwähnten juristischen Personen verdanken ihre Entstehung der modernen Rechtsentwickelung. Sondergesetze regeln die Bedingungen ihres Daseins, und es ist daher für den Rechtsverständigen nicht schwer, diese Bedingungen schnell und sicher zu erkennen. Dagegen umfängt uns ein geheimnißvolles Halbdunkel, sobald wir uns mit der Betrachtung derjenigen juristischen Personen beschäftigen, deren Wurzeln auf dem Gebiete des allgemeinen bürgerlichen Rechtes liegen.

In der gemeinrechtlichen Lehre und Rechtsübung ist bekanntlich die Frage streitig, ob eine Vereinigung von Personen schon durch den genügend kundgegebenen Willen der Theilnehmer die juristische Persönlichkeit erlangen könne, oder ob es dazu einer mehr oder minder kräftigen Mitwirkung staatlicher Behörden (Genehmigung des Vereinszweckes oder ausdrückliche Verleihung der juristischen Persönlichkeit) bedürfe. Nach dem Bericht der Motive nimmt die gemeinrechtliche Praxis überwiegend den letzteren Standpunkt ein. Damit ist indessen die Frage der praktischen Gestaltung des Vereinslebens nur zum Theil entschieden. Das Reichsgericht spricht nämlich für

das Gebiet des gemeinen Rechts ganz allgemein selbst solchen Personenvereinen, die nicht einmal den Anspruch erheben, juristische Personen zu sein, die Parteifähigkeit zu.*) Damit ist der größte Theil der Schwierigkeiten, welche sich der Bewegung der Personenvereine im Rechtsleben gegenüber stellen, mit einem Schlage beseitigt. Die Lösung ist freilich etwas gewaltsam und bringt in manchen Fällen erhebliche prozessualische Bedenken mit sich.

Den entgegengesetzten Standpunkt nimmt das französische Recht ein. Der code civil erwähnt in den Artikeln 538—542, 619, 668, 910, 937, 1596, 1712, 2045, 2121, 2153, 2227 den Staat, die Gemeinden und öffentlichen Anstalten als Träger von Vermögensrechten, ohne indessen die Rechtsbildung der juristischen Person als solcher zu besprechen und ihre Daseinsbedingungen zu regeln. Laurent, der aus politischen Gründen dem Vereinsleben eine gewisse Abneigung entgegenbringt, will sogar unter Berufung auf die Ansichten einzelner deutscher Rechtslehrer dem Rechtsbegriff der juristischen Person jede Anerkennung versagen. (Band I Nr. 287—316, siehe dagegen Puchelts's Zeitschrift Band I Seite 287.)

Weder jurische Personen noch die der juristischen Persönlichkeit entbehrenden Vereine sind in der Lage, aus dem französischen Gesetzbuche die geringste Belehrung über die Frage, welche Rechtsnormen ihre Verhältnisse nach Innen und nach Außen regeln, zu schöpfen. Die rheinische Praxis verlangt für die Entstehung einer jurischen Person die Verleihung der Korporationsrechte durch den Landesherrn. Vereine ohne juristische Persönlichkeit sind als solche vom Rechtserwerb wie vom Prozeßbetriebe ausgeschlossen.**)

Einen mittleren Weg hat das preußische Landrecht eingeschlagen. Es unterscheidet in aufsteigender Reihefolge:

1. erlaubte Gesellschaften,
2. privilegirte Gesellschaften,
3. mit Korporationsrechten versehene Gesellschaften.

Als letztere gelten nur diejenigen „vom Staate genehmigten Vereinigungen, welche sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben." § 25 Th. II Tit. 6. Die Fassung dieser

*) Entscheidungen IV S. 156, VII S. 164, VIII S. 121.

Vgl. auch Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts IV S. 202 und IV 212 mit Citaten aus Seuffert's und Striethorst's Archiv.

**) Vgl. Rheinisches Archiv 57 I 160, 59 I 120, 59 I 157, 59 I 177, 67 I 117, 76 I 79.

Bestimmung läßt an Klarheit viel zu wünschen übrig, namentlich in Anbetracht des Umstandes, daß auch die von der Entstehung der Stiftungen handelnde Rechtsnorm des § 42 Th. II Tit. 19 ganz allgemein von der „Genehmigung" des Staates spricht und sogar eine stillschweigende Genehmigung als ausreichend erwähnt. Die landrechtliche Praxis fordert nach dem Zeugnisse von Koch (Anm. 7 zu Th. II Tit. 6) zur Entstehung einer juristischen Person die Mitwirkung des Landesherrn, wobei es unklar bleibt, ob eine gelegentliche Genehmigung des gemeinnützigen Zweckes der Körperschaft genügt, oder die ausdrückliche Verleihung der juristischen Persönlichkeit gefordert wird. Die Entziehung der letzteren soll unter Umständen auch durch den Minister erfolgen können. (Koch am angeführten Orte.) Die Verfassung der juristischen Personen in den § 27—188 Th. II Tit. 6 ist recht gründlich mit landrechtlicher Gründlichkeit behandelt. Was die sogenannten erlaubten Gesellschaften (Vereine) anlangt, so sind die Rechtsverhältnisse derselben wenigstens nach Innen eingehend geordnet. Dritten Personen gegenüber werden die Vereinsmitglieder nur als „Theilnehmer eines gemeinsamen Rechts oder einer gemeinsamen Verbindlichkeit" betrachtet. § 12 Th. II Tit. 6. Mit diesem Satze ist für das Rechtsleben wenig gewonnen, wie die von Koch bezogenen Urtheile (Anmerkung 18 zu § 18 Th. II Tit. 6) beweisen.

Die Bundesstaaten Sachsen und Bayern haben schon in den Jahren 1868 und 1869 den Versuch gemacht, auf dem Rechtsgebiete, welches uns beschäftigt, neue und für Jedermann verständliche, dem praktischen Bedürfnisse dienende Rechtsnormen einzuführen. (Gesetze vom 15./6. 1868 und 29./4. 1869). Jeder Verein mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, welcher nach amtlicher Feststellung gewisse Normativbedingungen erfüllt, wird in ein öffentliches Register eingetragen und erlangt dadurch die Rechte der juristischen Person. Dahin gehören auch politische Vereine, mit dem Unterschiede, daß das bayerische Gesetz einem Verein, der überhaupt ohne behördliche Genehmigung bestehen kann, auch die Erlangung der juristischen Persönlichkeit nicht weiter erschwert, während Sachsen hierfür die Genehmigung des Ministers des Innern fordert. Bayern schließt die Anwendung des Gesetzes auf eigentliche Erwerbsgesellschaften aus, das sächsische Gesetz umfaßt auch die letzteren, unterwirft sie aber besonderen Bestimmungen, deren praktische Bedeutung in Folge der Einführung der deutschen Aktien- und Genossenschaftsgesetzgebung im Wesentlichen hinfällig geworden ist.

Der Entwurf will den geschilderten vielgestaltigen Rechtszustand fast unverändert in das neue deutsche Recht mit hinübernehmen.

Entgegen diesem Standpunkte des Entwurfs bringe ich folgende Wünsche zum Ausdruck:

I. Einführung gewisser einheitlicher Grundformen für alle auf Landesrecht beruhenden juristischen Personen. Das Reich möge in seinen Gesetzen an denselben Formen festhalten.

II. Einführungen von Normativbedingungen, durch deren Erfüllung die ihrem Charakter nach näher zu bestimmenden Vereine die Rechte einer juristischen Person erlangen können.

III. Ordnung der Rechtsverhältnisse derjenigen Vereine, welcher der juristischen Persönlichkeit entbehren.

I.

Das praktische Bedürfniß erheischt einestheils, daß Personenvereine ohne unnöthige Weiterungen die Rechte der juristischen Person erlangen können (vergl. in dieser Beziehung die Ausführungen unter II), andererseits aber auch, daß der Hergang der Entstehung einer solchen für Jedermann klar und zweifellos zur Erkenntniß gelangt. Es widerspricht sowohl den Erfordernissen der Rechtseinheit als den Bedürfnissen des täglichen Lebens, daß auch in Zukunft über die Frage, ob eine juristische Person entstanden, und ob ein Personenverein parteifähig ist, das Dunkel der gemeinrechtlichen Praxis schweben soll. Diese Praxis bringt den Vereinen in mancherlei Hinsicht Vortheile, die ich ihnen keineswegs nehmen, vielmehr in anderer Form (vergl. II) gewähren will, sie führt aber andererseits zu einer recht bedenklichen Verwirrung der Rechtsbegriffe. Man denke nur an den Fall, daß der vom Reichsgericht zur Prozeßführung zugelassene Vorstand während des Prozesses ganz oder theilweise seine Befugnisse verliert. Will das Reichsgericht in diesem Falle so weit gehen, die Bestimmungen der §§ 219 ff. C. P. O. über die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens entsprechend zur Anwendung zu bringen?

Die Motive glauben die Frage, ob ein Eingriff in das Landesrecht nöthig sei, um die Entstehung juristischer Personen übersichtlich zu regeln, mit der Erwägung verneinen zu sollen, man dürfe nicht

annehmen, daß die Landesgesetzgebung in Unthätigkeit verharre, obschon das bürgerliche Gesetzbuch die Aufforderung zum Eingreifen, soweit ein Bedürfniß vorhanden, enthalte. Diese Annahme ist schon deshalb unrichtig, weil die Voraussetzung unrichtig ist. Das neue bürgerliche Gesetzbuch enthält eine solche Aufforderung nicht, es läßt einfach Alles beim Alten. In Preußen hat sogar die ausdrückliche Ankündigung des Artikels 31 der Verfassung trotz des allseitig anerkannten Bedürfnisses (vergl. Roenne, Preußisches Staatsrecht IV, S. 214), nicht zur gesetzgeberischen Behandlung des Gegenstandes geführt. Wenn aber auch wirklich die Landesgesetzgebung sich in Bewegung setzen sollte, so ist doch damit in keiner Weise die nothwendige Einheitlichkeit der neuen Rechtsnormen verbürgt. Um diese Einheit wenigstens in den Grundzügen herbeizuführen, schlage ich die Aufstellung folgender Rechtsnormen vor:

A. Personenvereine und Stiftungen, welche ihren Ursprung aus dem Landesrecht ableiten, unterliegen einer allgemeinen Registerpflicht.*) Bei den Amtsgerichten ist ein Register zu führen, in welches alle diejenigen Körperschaften und Stiftungen eingetragen sind, für welche nicht schon besondere öffentliche Register auf dem Wege des Gesetzes eingeführt sind.

Eingetragen werden:

1. Name, Zweck und Sitz der juristischen Person,

2. die Bezeichnung des Gesetzes oder des behördlichen Verleihungsaktes, woraus dieselbe ihre Entstehung herleitet,

3. die statutarischen Bestimmungen über die Bildung des Vorstandes und die Befugnisse desselben hinsichtlich der Vertretung nach Außen.

Ob auch die Namen der Vorstandsmitglieder einzutragen sind, hängt von der Frage ab, wie das Erlöschen der Vertretungsbefugniß der Vorstandsmitglieder gegenüber dritten Personen wirken soll.

4. Das Erlöschen der juristischen Persönlichkeit.

B. Personenvereine und Stiftungen, welche ihren Ursprung aus dem Landesrecht ableiten, können nur entstehen:

1. durch eine ausdrückliche landesgesetzliche Bestimmung,

2. durch die zur öffentlichen Kenntniß gebrachte Verleihung der

*) Ich stelle anheim, dieselbe hinsichtlich einzelner juristischer Personen, z. B. der Gewerkschaften des preußischen Rechts, falls man solche zu den juristischen Personen rechnet, auszuschließen. Für zweckmäßig halte ich eine solche Einschränkung des allgemeinen Grundsatzes nicht.

juristischen Persönlichkeit Seitens der staatsrechtlich dazu berufenenen Behörden,

3. durch die Erfüllung der Bedingungen, welche in besonderen Landesgesetzen für die Erlangung der juristischen Persönlichkeit aufgestellt sind.

C. Die Registerbehörde hat zu prüfen, ob den Erfordernissen des Gesetzes genügt ist. Der Beschwerdeweg ist zu ordnen.

D. Vor der Eintragung in das Register können die juristischen Personen keine Rechtshandlung vornehmen.

E. Auch solche juristische Personen, welche schon zur Zeit des Inkrafttretens des bürgerlichen Gesetzbuchs bestehen, unterliegen der Registerpflicht. Dieselben können die ihnen gemäß Nr. A obliegenden Nachweise durch eine Bescheinigung der höheren Verwaltungsbehörde erbringen. Die Eintragung ist binnen eines Jahres vom Zeitpunkte des Inkrafttretens des bürgerlichen Gesetzbuchs zu bewirken und nach Ablauf dieser Frist durch Ordnungsstrafen zu erzwingen. Im Uebrigen soll das Unterlassen der Eintragung beziehungsweise Anmeldung keine Rechtswirkungen herbeiführen.

F. Personenvereine ohne juristische Persönlichkeit sind nicht parteifähig.

II.

Die Reichsgesetzgebung hat auf dem Gebiete des Erwerbslebens Vereinigungen jeder Art mit dem Rechte der juristischen Persönlichkeit ausgestattet. Die Anschauungen der früheren Zeit, welche die juristische Person als eine halbwegs mit amtlichem Charakter bekleidete, besonders vornehme Rechtseinrichtung betrachtete, sind ihr vollständig fremd geblieben. Bekanntlich wird grade jetzt nicht nur das Genossenschaftswesen einer erneuten Prüfung unterzogen, sondern auch ganz allgemein die Frage amtlich erörtert, ob das wirthschaftliche Bedürfniß die Schaffung neuer erwerbsgesellschaftlicher Formen erheischt. Mit Rücksicht auf diese Umstände sehe ich meinerseits von einer Besprechung der Frage ab, ob es angezeigt sei, von Reichswegen neue Formen für die dem Erwerbsleben angehörenden Vereinigungen einzuführen.

Dagegen möchte ich den Schutz und die Fürsorge des Reichsrechts für jene zahlreichen Vereinigungen in Stadt und Land anrufen, welche unter gewissen Bedingungen Jedem den Eintritt offen halten und ihrer Bestimmung nach nicht unmittelbar dem Erwerbsleben angehören, sondern soziale, gesellige, wissenschaftliche, künstlerische, religiöse, politische Zwecke der verschiedensten Art verfolgen, ihre Aufgabe in

der Förderung der Körper= oder Geistespflege, in der Wahrung der Interessen einzelner Stände, Gewerbe und Gegenden erblicken, kurzum Zwecke verfolgen, welche von den Vereinsmitgliedern für nützlich gehalten werden, ohne daß ihre Nützlichkeit eine so hervorragende oder so allgemein anerkannte wäre, daß mit Rücksicht hierauf die vom freien Ermessen der Behörden abhängige Verleihung von Korporationsrechten erstrebt werden könnte. Diese Vereine sind das Aschenbrödel der Gesetzgebung und stehen gleichsam außerhalb des Schutzes der Rechtsordnung. In noch höherem Maße gilt Letzteres von dritten Personen, welche die Unvorsichtigkeit begehen, mit dem Verein*) rechtliche Beziehungen anzuknüpfen. Laurent scheint in seinen nicht ganz klaren Ausführungen im Bande XXVI Nr. 186—192 die Anschauung zu vertreten, man solle diejenigen Personen, welche Namens solcher Vereine Verträge schließen, einfach so behandeln, als ob sie das Rechtsgeschäft für sich selbst abgeschlossen und somit die daraus abzuleitenden Verpflichtungen persönlich übernommen hätten. Um zu diesem Grundsatze zu gelangen, muß er natürlich leugnen, daß zwischen jenen Personen und den übrigen Vereinsmitgliedern ein Auftragsverhältniß oder eine diesem Verhältnisse ähnliche Rechtsbeziehung bestehe. Die vorgeschlagene Lösung ist allerdings sehr einfach, thut aber dem Willen der vertragschließenden Parteien augenscheinlich Gewalt an. Die rheinische Gerichtspraxis, die sonst den Ansichten Laurent's die höchste Beachtung zu Theil werden läßt, ist ihm denn auch in diesem Punkte nicht gefolgt. Leider thürmen sich nach Verwerfung jener radikalen Lösung die Schwierigkeiten in einem solchen Maße auf, daß man wohl sagen kann, die praktische Gestaltung des Privatvereinsrechts hänge im Wesentlichen von dem Anstandsgefühl der betheiligten Personen ab. Und doch handelt es sich um ein höchst wichtiges Gebiet der Rechtsordnung, um die verschiedenartigsten Vereinigungen, von denen manche eine sehr bedeutende rechtsgeschäftliche Thätigkeit entwickeln, wir haben im Rheinlande Privatvereine, welche Dienstverträge auf viele Jahre hinaus abschließen. Der hiesige Ruderverein hat ein Bootshaus auf dem Rheine schwimmen, welches viele tausend Mark gekostet hat, der Verein besitzt eine größere Anzahl von Booten, schließt Dienstverträge ab u. s. w. Der Verein zählt

*) Ich hoffe, keine juristische Ketzerei zu begehen, wenn ich hier und im Folgenden der Kürze wegen vom Verein statt von der Gesammtheit der den Verein bildenden Mitglieder rede.

hundert Mitglieder, die in Streitfällen sämmtlich in den Prozeß eintreten müßten. Manche Vereine haben mehr als tausend Mitglieder. Man stellt bekanntlich den Grundsatz auf, daß das Vereinsvermögen das gemeinschaftliche Eigenthum der Vereinsgenossen ist mit der Maßgabe, daß jeder Eintretende Miteigenthümer werde und jeder Austretende stillschweigend auf seinen Antheil verzichte. Ein schöner, leicht verständlicher Grundsatz, wie gestaltet sich aber seine Anwendung in der Praxis, und wie entscheidet sich die Frage der Haftung der Vereinsmitglieder für Vereinsschulden? Lassen diese sich auch so leicht abschütteln, wie die Vermögensbetheiligung, mit anderen Worten, ist ein Auftragsverhältniß denkbar, bei dem die Person des Auftraggebers nach Vollzug des Auftrags ohne Mitwirkung des betheiligten Dritten wechselt?

Oder ist im einzelnen Falle zu untersuchen, welche Vereinsmitglieder zur Zeit der einzelnen Rechtshandlung dem Verein angehörten? Wie gestaltet sich schließlich die Rechtsverfolgung in prozessualischer Hinsicht? Ein hiesiger Verein zählt etwa 1200 Mitglieder. Sollte wirklich Jemand auf den Gedanken kommen, es sei möglich, die Mitglieder eines solchen Vereins für Schulden haftbar zu machen, so mache er sich doch einmal eine Vorstellung von dem Verlaufe eines solchen Prozesses. Nachdem die haftbaren Mitglieder ermittelt und aufgefunden worden sind, was in der Regel zu den Unmöglichkeiten gehören dürfte, werden sie mit einem Kostenaufwande von etwa 500 Mark zum ersten Verhandlungstermin geladen, und die Verhandlung kann auf einem entsprechend ausgewählten Raum beginnen. Vorerst wird natürlich zu prüfen sein, ob alle Beklagten geladen, und ob nicht etwa einige inzwischen gestorben sind, gegen deren Erben das Verfahren unter Anwendung der §§ 217 ff. C. P. O. aufzunehmen sein würde. Ein derartiger Prozeß gehört praktisch zu den Unmöglichkeiten. Die Folge ist, daß in solchen Streitfällen die letzte Entscheidung bei dem guten oder bösen Willen der Betheiligten liegt. Die Einrede, daß dem Verein die juristische Persönlichkeit mangle, wirkt wie ein in letzter Instanz gesprochenes Urtheil. Vielfach werden auch die für die Erfüllung der Vereinsverbindlichkeiten in Anspruch genommenen Mitglieder mit Recht einwenden, daß sie nach dem Inhalt der Vereinssatzungen nur zur Zahlung bestimmter Beiträge verpflichtet seien, der Vorstand müsse zusehen, wie weit er mit dem auf diese Weise angesammelten Gelde reiche. Kann in einem solchen Falle die Klage trotzdem gegen die Vereinsmitglieder gerichtet werden,

vielleicht mit der Einschränkung, daß die Zwangsvollstreckung nur gegen das sogenannte Vereinsvermögen zulässig sei, oder hält man jene Beschränkung der Haftung Dritten gegenüber für unverbindlich, oder sollen nunmehr die rechtsgeschäftlichen Beziehungen lediglich zwischen dem fremden Vertragstheil und dem Vorstand entstehen? Aber auch der Vorstand hat sich nur soweit verpflichten wollen, als das Vereinsvermögen reicht, also tritt auch hier jene Frage nach der Einschränkung der Zwangsvollstreckung hervor. Hält man einen solchen Vorbehalt prozeßrechtlich für zulässig, so bleibt die Frage zu entscheiden, gegen wen denn die Klage zu richten sei, ob gegen den Vorstand als solchen, was schwerlich zulässig ist, oder gegen alle einzelnen gegenwärtigen Mitglieder, oder gegen diejenigen Mitglieder, welche zur Zeit den die Grundlage des Rechtsgeschäfts bildenden Beschluß gefaßt haben. Welche Bedeutung hat es, wenn die Generalversammlung eines Vereins mit beschränkten Mitgliederbeiträgen Beschlüsse faßt, namentlich wenn nicht alle Mitglieder anwesend sind, oder wenn es sich um einen Mehrheitsbeschluß handelt? Es mag ja sein, daß der Geist der Rechtsordnung auf alle diese Fragen eine Antwort hat, aber ich fürchte, daß die Orakelsprüche zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten sehr verschieden lauten und lebhaft an das Goethe'sche Wort vom Geist der Zeiten erinnern, das praktische Bedürfniß verlangt eine verständlichere Lösung. Als solche stellt sich meines Erachtens das in Bayern und Sachsen bereits erprobte System der Normativbedingungen dar. Seine Einführung würde die meisten der geschilderten Schwierigkeiten beseitigen und zur Bildung einer Rechtsform führen, unter deren Schutze gemeinnützige Unternehmungen von der allergrößten Tragweite — ich erinnere nur an die Industrie- und Gewerbeausstellungen — leicht und glücklich in's Leben gerufen werden können.

Die Motive berichten eingehend über den Stand der Frage und das Schicksal der bekannten Anträge, die der verstorbene Abgeordnete Schultze-Delitzsch in den Jahren 1870, 1871 und 1872 im norddeutschen beziehungsweise deutschen Reichstage gestellt hat, sie erkennen auch an, daß sehr erhebliche Gründe für die Einführung jenes Systems sprechen, kommen aber trotzdem zu dem Schlusse, von der Beschreitung dieses Weges abzusehen, weil sie die entgegenstehenden politischen Bedenken für ausschlaggebend ansehen und den in Sachsen und Bayern gemachten Erfahrungen allgemeine Bedeutung absprechen. Es sei nicht zu übersehen, welchen Gewinn an Kraft namentlich die politischen

Vereine dadurch erlangen könnten, daß sie in die Lage versetzt würden, sich Korporationsrechte zu verschaffen. Schließlich wird geltend gemacht, daß die technischen Schwierigkeiten, die Rechtsverhältnisse dieser Vereine nach Innen und Außen zu regeln, ungemein groß seien. Das letztgedachte Bedenken erledigt sich schon durch die Erwägung, daß grade in der Ordnung solcher Rechtsverhältnisse, welche sich nicht in die althergebrachten Rechtsformen hineinzwängen lassen, die Aufgabe des Gesetzgebers sich bethätigen muß. Die Rechtsverhältnisse der Vereine erheischen eine allgemeine Regelung, mag man dieselben nun mit Korporationsrechten ausstatten oder nicht. Auch die politischen Bedenken kann ich als gegründet nicht anerkennen.

Selbstverständlich kann nur an solche Vereine gedacht werden, welche erlaubte Zwecke in erlaubter Weise verfolgen. Da in dieser Beziehung in den einzelnen Bundesstaaten ein verschiedener Rechtszustand bestehen kann, so mag der Wirkungskreis dieser Vereine in Ermangelung besonderer Staatsverträge, die sich wohl namentlich in den einander benachbarten Kleinstaaten nützlich erweisen werden, auf das Gebiet des einzelnen Bundesstaates beschränkt bleiben. Ist der Vereinszweck durch Reichsgesetz oder Landesrecht verboten, oder besteht ein gesetzliches Verbot, den an sich erlaubten Zweck im Wege der Vereinsbildung zu verfolgen, so ist die Eintragung des Vereins in das Register der juristischen Personen von vornherein zu versagen. Die Entscheidung über die einschlägigen Fragen wird demjenigen Gerichte, welches die Eintragung zu bewirken hat, zu übertragen sein.

Die rechtskräftige Schließung des Vereins durch die nach Landesrecht oder Reichsrecht dazu berufenen Behörden hat selbstverständlich die Auflösung der juristischen Person zur unmittelbaren Folge. Es steht nichts entgegen, den letztgedachten Behörden oder auch bestimmten Verwaltungsbehörden bei Entscheidung der Frage, ob die Eintragung des Vereins als juristische Person erfolgen darf, eine gesetzlich geordnete Mitwirkung einzuräumen. Ein Bedenken, von Reichswegen über die Dienste bestimmter einzelstaatlicher Verwaltungsbehörden zu verfügen, besteht nicht, es ist dies bekanntlich gerade auf dem Gebiete der juristischen Personen wiederholt geschehen. (Vergleiche die Bestimmungen der Gewerbeordnung, des Krankenkassengesetzes, der Unfallversicherungsgesetze.) Den einzelnen Bundesstaaten bleibt bis zum Erlasse des in der Reichsverfassung vorgesehenen Reichsvereinsgesetzes die volle Freiheit gewahrt,

in den Grenzen ihres eigenen öffentlichen Rechts das Vereinswesen einzuschränken. Ist aber der Verein einmal lebensberechtigt, dann soll ihm auch von der Gesetzgebung die Möglichkeit nicht versagt werden, seine rechtlichen Beziehungen nach Innen und Außen dem Bedürfnisse entsprechend zu gestalten. „Die römischen Kaiser", sagt Professor Brinz im Jahre 1871 in Holzendorff's Encyklopädie, „verboten im Allgemeinen alle Vereine, die keine besondere Erlaubniß hatten, den erlaubten aber gaben sie stets auch das Recht, corpus habere. Erst bei uns hat man Beides getrennt. Das Korporationsrecht darf nicht von administrativer Willkür abhängig gemacht werden, bedarf vielmehr fester Rechtssätze. Das sächsische Gesetz von 1868 dient diesem Zwecke, in Preußen ist man noch nicht so weit." Den Anhänger der deutschen Rechtseinheit muß der Gedanke sonderbar berühren, daß es nicht möglich sein soll, auf einem das Volksleben so tief berührenden Gebiete die in Bayern und Sachsen wohlthätig wirkenden Rechtsnormen auch im übrigen Deutschland zur Anwendung zu bringen. Jene beiden Staaten stellen wegen der Verschiedenheit ihrer sozialen, politischen und religiösen Verhältnisse das günstigste Probefeld dar. Die dortigen Regierungen werden aber schwerlich berichten können, daß die Gesetze von 1868 und 1869 in den zwanzig Jahren ihres Bestehens ungünstige Folgen gezeitigt hätten. Die polizeiliche Ueberwachung der Vereine wird durch die geordneten Formen, in denen das Leben derselben sich bewegt, eher erleichtert, als erschwert. Verschwörer werden ihr Unternehmen schwerlich gerichtlich eintragen lassen.

Ich möchte überhaupt stark bezweifeln, daß politische Vereine von der Wohlthat des Gesetzes erheblichen Gebrauch machen werden. Sollte es dennoch geschehen, und sollten die politischen Vereine durch die Korporationsrechte einen erheblichen Machtzuwachs erlangen, so liegt darin kein Nachtheil für das Staatsleben, da Licht und Sonne für alle Parteien gleichmäßig vertheilt sind. Die Staatsregierungen haben bisher soviel bekannt nur in den seltensten Fällen politische Vereine mit Korporationsrechten ausgestattet, obschon sie ja in der Lage gewesen wären, dadurch die ihnen befreundeten Parteien zu bevorzugen. Man muß also entweder annehmen, daß nach der Meinung der Regierungen, dieser erfahrensten Sachverständigen, die Korporationsrechte keineswegs die von den Verfassern der Motive ihnen zugeschriebene Zauberkraft in sich bergen, oder daß die Regierungen die Anwendung jenes Kampfesmittels für unschicklich ge-

halten haben. Im ersteren Falle ist das Bedenken der Motive ohne Weiteres hinfällig, und im letzteren würde die Ausdehnung des Systems der Normativbedingungen auf politische Vereine einen gleichmäßigen Machtzuwachs für alle Parteien zur Folge haben, der bisherige politische Saldo bliebe unverändert. Uebrigens steht nichts entgegen, die Anwendung des Gesetzes auf Vereinsbildungen, für welche besondere Gesichtspunkte maßgebend sind, z. B. Vereinigungen von Ordensleuten, welche sich zu einem gemeinsamen Leben verbunden haben, auszuschließen. Ebenso halte ich es für nothwendig, eine Rechtsnorm in das Gesetz aufzunehmen, wonach der Erwerb an Grundeigenthum für die im Eingange des gegenwärtigen Abschnitts bezeichneten Vereine erschwert und die Erbeinsetzungsfähigkeit derselben beseitigt oder eingeschränkt wird.

Ich will gern zugeben, daß die oben geschilderten Schwierigkeiten auch durch die Einführung des Systems der Normativbedingungen nicht vollständig gehoben werden, indem manche Vereine von der ihnen zustehenden Befugniß keinen Gebrauch machen werden, es liegt aber kein Grund vor, von der Verwirklichung eines richtigen gesetzgeberischen Gedankens aus dem Grunde abzusehen, weil das vorgeschlagene Mittel kein Radikalmittel ist.

Es dürfte übrigens nicht unbillig sein, die Vorstandsmitglieder solcher Vereine, welche juristische Personen sein können, aber es nicht wollen, einer stärkeren persönlichen Haftbarkeit zu unterwerfen.

Die Grundlagen der neuen Rechtsbildung denke ich mir etwa in folgender Weise:

Personenvereine von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Thätigkeit nicht auf die Erzielung vermögensrechtlicher Vortheile, sondern auf die Verfolgung wissenschaftlicher, künstlerischer, religiöser, politischer, wohlthätiger, geselliger und gewerblicher Zwecke, auf die Förderung der Interessen bestimmter Berufskreise oder Gegenden, auf die Hebung der Körperpflege oder der Geistesbildung gerichtet ist, erlangen durch die Eintragung der beim Amtsgericht ihres Wohnsitzes geführte Register juristischer Personen die Rechte einer solchen unter der Bezeichnung:

Eingetragener Verein.

Ausgenommen sind:

1. Vereine, deren Bildung oder Zweck nach Reichsrecht oder den am Wohnsitze des Vereins geltenden Landesrecht unerlaubt ist,

2. Vereine, deren Thätigkeit oder Mitgliederbestand über den Bereich des einzelnen Bundesstaates hinausreicht,

3. Vereinigungen von Ordenspersonen zu häuslicher Gemeinschaft.

Zur Gründung bedarf es:

1. der Annahme eines Gesammtnamens,

2. der schriftlichen Abfassung des Gesellschaftsvertrages (Statuten),

3. in den Fällen, in denen die Bildung des Vereins gesetzlich von der Genehmigung einer Behörde abhängig ist, der Beibringung dieser Genehmigung.

Insoweit gesetzlich bestimmte Behörden berufen sind, über die Bildung des neuen Vereins oder über die Schließung des bestehenden Vereins zu entscheiden, ist diese Entscheidung auch für die Frage, ob der Verein die Rechte einer juristischen Person erlangen oder behalten kann, maßgebend. Im Uebrigen ist die Entscheidung, ob der Verein den gesetzlichen Erfordernissen entspricht und zur Eintragung gelangen kann, vom Amtsgericht zu treffen. Dasselbe theilt die Statuten des Vereins der höheren Verwaltungsbehörde zur Aeußerung mit. Erfolgt binnen Monatsfrist keine Beanstandung, so hat das Amtsgericht die ihm selbst obliegende Entscheidung zu treffen und den Verein zutreffenden Falles zur Eintragung zu bringen. Im anderen Falle setzt es den Antragsteller von der erfolgten Beanstandung in Kenntniß und giebt ihm anheim, dieselbe zu beseitigen. Sobald die Eintragung erfolgt ist, erhält der Antragsteller hierüber Nachricht.

Wird nach vollzogener Eintragung die Schließung des Vereins von einer gesetzlich dazu berufenen Behörde ausgesprochen, so hat das Amtsgericht auf Antrag der höheren Verwaltungsbehörde die Eintragung zu löschen und die Liquidation anzuordnen. Sobald das Verfahren auf Schließung des Vereins eingeleitet ist, hat das Gericht auf Antrag der höheren Verwaltungsbehörde an Stelle des Vorstandes dem Vereine einen gesetzlichen Vertreter zu bestellen, der die Rechte des Vorstandes ausübt, solange das Verfahren schwebt.

Soweit nach erfolgter Eintragung Bedenken auftauchen, welche die Entscheidung des Amtsgericht erheischen, prüft dieses auf Antrag der höheren Verwaltungsbehörde oder von Amtswegen, ob das Verfahren auf Schließung des Vereins oder Entziehung des Rechtes der juristischen Person einzuleiten sei. Die oben entwickelten Rechtssätze sind entsprechend anzuwenden.

Gegen Entscheidungen des Gerichts, welche den Antragsteller

oder andere Vereinsmitglieder beschweren, ist Beschwerde zulässig; das Verfahren ist näher zu regeln.

Das Gesetz soll Bestimmungen über die Verfassung der Vereine enthalten, welche sich im Wesentlichen an das bayerische Gesetz vom 29./4. 1869 anlehnen mögen. Es ist jedoch zu erwägen, ob nicht einzelne Bestimmungen zweckmäßiger nach dem Vorbilde des deutschen Genossenschaftsgesetzes oder des sächsischen Gesetzes vom 15./6. 1868 zu treffen sind.

III.

Auch in Zukunft wird sich nicht verhindern lassen, daß Vereine ohne Korporationsrechte eine rechtsgeschäftliche Thätigkeit entwickeln oder in anderer Weise im Rechtsleben handelnd auftreten. Das praktische Bedürfniß fordert von der Gesetzgebung eine bestimmte Antwort auf die Frage, wie die Rechtshandlungen solcher Vereine civilrechtlich und prozessualisch aufzufassen sind. Wegen des geringen Umfanges des mir zu Gebote stehenden Raumes beschränke ich mich auf folgende Vorschläge, die im Wesentlichen ihre Erläuterung in sich selbst tragen.

1. Verfassung.

Vor Allem bedarf es klarer Bestimmungen über die Gestaltung der inneren Verhältnisse der Vereine, wie sie beispielsweise vom preußischen Landrecht aufgestellt worden sind. (§§ 14, 25 ff. Thl. II Tit. 6.) Dieselben können und müssen sich soweit als möglich an die §§ 44 ff. des Entwurfs anlehnen. Die letztgedachten Normen sind aber keineswegs unterschiedslos auf solche Vereine anwendbar, auch bedürfen sie für die Zwecke der letzteren nach den verschiedensten Richtungen hin der Ergänzung. Es ist Bestimmung zu treffen über Eintritt und Austritt der Mitglieder, Wahl und Zusammensetzung des Vorstandes, über die Befugnisse des Vorstandes und der Generalversammlung, sowie über die Art und Weise der Einberufung der letzteren, insbesondere auch über die Tragweite der üblichen Bestimmung, daß die Vereinsmitglieder bestimmte Beiträge zu entrichten haben. (Vergl. unten 6 am Schusse.)

2. Rechte an unbeweglichen Sachen.

Die heutige Praxis nimmt an, daß die neu eintretenden Mitglieder durch ihren Eintritt stillschweigend Antheil vom gemeinsamen

Vermögen der Mitglieder erlangen, während die Austretenden sich durch ihren Austritt ebenso formlos ihrer Rechte auf dasselbe begeben. Diesem Grundsatze muß jede Anwendung auf das Gebiet der dinglichen Rechte an unbeweglichen Sachen versagt werden. Rechtshandlungen aller Art, welche bezwecken, unmittelbar oder mittelbar dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen auf Vereine oder deren Mitglieder zu übertragen, sollen weder die volle Rechtswirkung haben, daß jene Rechte unmittelbar erworben werden, noch auch die geringere Rechtswirkung, daß ein Anspruch auf Uebertragung jener Rechte und auf Erfüllung der vom Gesetze vorgeschriebenen Formen entsteht. Selbstverständlich ist bei dieser Ausnahmebestimmung nicht an den Fall gedacht, daß die Erwähnung des Vereins nur zu dem Zwecke erfolgt, um einen bestimmten Kreis von Personen kurz zu bezeichnen, immerhin ist aber die letztere Auffassung einer Rechtshandlung nur dann zulässig, wenn die Absicht der Betheiligten ersichtlich darauf gerichtet ist, die Vermögensstücke einem bestimmten Kreis von Personen als freies, auf die Erben übergehendes Eigenthum zu übertragen.

3. Rechte an beweglichen Sachen.

a) Im Verhältnisse der Vereinsmitglieder zu einander entscheiden über die Frage, wer den Anspruch hat, eine gemeinschaftliche bewegliche Sache im Namen der Vereinsmitglieder zu besitzen, die Vereinsstatuten. Dasjenige Vereinsmitglied, welches hiernach Anspruch auf den Besitz hat, kann denselben in eigenem Namen gegen den Inhaber, sofern letzterer die Inhabung in Folge seiner Eigenschaft als Vereinsmitglied erlangt hat, geltend machen.

b) Die für den Verein erworbenen beweglichen Sachen stehen im Miteigenthum der jeweiligen Vereinsmitglieder.

Wenn ein Dritter zur Herausgabe solcher Sachen verpflichtet ist, sei es auf Grund persönlicher oder dinglicher Verpflichtung, so muß die Geltendmachung dieses Anspruchs der Regel nach in der Weise erfolgen, daß alle Vereinsmitglieder in eigenem Namen als Kläger auftreten; der spätere Austritt von Mitgliedern aus dem Verein darf in diesem Falle an den Ansprüchen der Kläger oder ihrer Rechtsnachfolger dem Dritten gegenüber nichts ändern.

Diese Art der Rechtsverfolgung ist praktisch mit großen Schwierigkeiten verbunden. Es kommt daher in Frage, ob nicht einem einzelnen Mitgliede, beispielsweise dem letzten Inhaber der Sache beziehungsweise demjenigen Mitgliede, welches den Vertrag kraft ausdrücklicher

oder statutmäßigen Auftrags Namens Aller abgeschlossen hat, die Befugniß zustehen soll, den Anspruch auf Herausgabe gegen den Dritten in eigenem Namen geltend zu machen. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird ein solches Recht sich nur in einzelnen Fällen herleiten lassen, es waltet aber kein Bedenken ob, dasselbe durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu begründen, mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß dasselbe erlischt, insoweit die Vereinsmitglieder den Anspruch bereits gemeinschaftlich geltend gemacht haben.

Das hiernach zur Klage berechtigte Vereinsmitglied ist auf Verlangen derjenigen Mitglieder, welche satzungsgemäß den Anspruch haben, die bewegliche Sache im Namen der Uebrigen zu besitzen, zur Abtretung der gedachten Klagerechte verpflichtet. (Vergl. oben unter Nr. 1).

c) Hat ein Dritter eine bewegliche Sache für Zwecke des Vereins in Leihe gegeben, so soll er den Anspruch auf Herausgabe gegen dasjenige Vereinsmitglied geltend machen können, dem er dieselbe übergeben hat; die Einrede, daß der Empfänger die Sache gleichzeitig für Andere empfangen und an letztere weiter begeben habe, ist auszuschließen.

4. Zurückbehaltungsrecht.

Wer zur Herausgabe einer beweglichen Sache an den „Verein" verpflichtet ist, soll für alle Forderungen, welche ihm „gegen den Verein" zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht haben. Dies Recht soll auch dann bestehen, wenn die Forderung noch nicht fällig ist, es sei denn, daß im letzteren Falle eine zahlungsfähige Person für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Vereins selbstschuldnerische Bürgschaft leistet.

Dieser Rechtssatz entspringt einer der Billigkeit entsprechenden Rücksichtnahme auf die Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung. Derselbe Gesichtspunkt bestimmt mich auch, als einzig zulässige Form der Sicherheitsleistung die Bürgschaft hinzustellen.

5. Unerlaubte Handlungen.

Für den Ersatz des Schadens, welchen ein Vereinsmitglied durch eine in Ausübung seiner Vertretungsbefugniß begangene widerrechtliche Handlung einem Dritten zugefügt hat, sind die übrigen Mitglieder nicht haftbar.

6. Schulden des Vereins.

Die schwierigste praktische Frage ist die schon mehrfach berührte: Wer haftet für die Schulden des Vereins, und wie ist diese Haftbarkeit prozessualisch geltend zu machen?

Die einfachste Lösung läge in einer Bestimmung, welche besagt, daß die ein Rechtsgeschäft für den Verein abschließenden Vereinsmitglieder dem Dritten gegenüber persönlich haftbar sind. Ein solcher Rechtssatz würde in manchen Fällen zu unbilligen Härten führen, namentlich bei Verträgen, welche auf eine längere Zeitdauer geschlossen sind. Es ist daher im Allgemeinen an der Auffassung, daß das Mitglied als Bevollmächtigter handelt, festzuhalten. Dies schließt nicht aus, nach gewissen Richtungen hin eine schärfere Haftbarkeit des Handelnden einzuführen. So wäre es z. B. nicht unbillig, demselben die Verpflichtung aufzuerlegen, auf Verlangen des anderen Theiles binnen einer im Gesetze zu bestimmenden Frist genau anzugeben, welche Personen für die Erfüllung der Verbindlichkeit haftbar sind. Die gänzliche Unterlassung der Auskunftsertheilung mag die persönliche Haftung des Handelnden, eine unvollständige Auskunft mag seine Verpflichtung zum Schadenersatze begründen. Die Ausübung der hiernach dem anderen Theile zustehenden Rechte muß an eine kurze Zeitfrist gebunden sein. Wenn das System der Normativbedingungen für die Erlangung der juristischen Persönlichkeit zur Annahme gelangt, so wäre eine noch schärfere Haftbarmachung der für den Verein handelnden Mitglieder am Platze. Beispielsweise würde ich eine Bestimmung des Inhalts vorschlagen, daß das handelnde Vereinsmitglied dem anderen Vertragstheile gegenüber solange persönlich verpflichtet ist, als letzterer nicht durch Abfassung schriftlicher Verträge, Ausstellung von Rechnungen oder in ähnlicher Weise den „Verein" als seinen Schuldner angenommen hat. Die Annahme, daß in solchen Fällen die hingeworfene Bemerkung „für den X-Verein" lediglich eine Zweckangabe darstellen soll, entspricht der Auffassung des täglichen Lebens.

Diese Vorschläge machen indessen eine grundsätzliche Lösung der Frage, wer für die Schulden des Vereins dem Dritten gegenüber hafte, keineswegs entbehrlich. Die wichtigsten der in Betracht kommenden Fälle sind folgende:

A. Die Mitglieder haften nach den Statuten für alle Aufwendungen, welche die Vereinsorgane in gültiger Weise beschließen.

a) Ein solcher Beschluß liegt vor: Sie haften alle, Austritt aus dem Verein befreit sie nicht von der Haftbarkeit.

b) Der Beschluß ist statutwidrig: Es haften diejenigen persönlich, welche denselben gefaßt haben.

B. Die Mitglieder haben nur bestimmte Beiträge zu zahlen.

a) Sie haben trotzdem einstimmig den Beschluß gefaßt, ein bestimmtes Rechtsgeschäft zu thätigen: Sie haften alle trotz jener beschränkten Zahlungspflicht.

b) Ein solcher Beschluß ist nur mit Stimmenmehrheit gefaßt: Diejenigen, welche demselben zugestimmt haben, haften.

c) Die Beschlußfassung ist durch den Vorstand in gültiger Weise erfolgt. Wer ist haftbar, und wer ist prozessualisch zu belangen?

α. Die einzelnen Vereinsmitglieder können nicht belangt werden, so haben ja ausdrücklich jede Haftung über die Beiträge hinaus ausgeschlossen und gleichsam dem Vorstande gesagt: Sieh' zu, wie Du mit unseren Mitteln haushältst.

β. Es geht auch nicht an, die einzelnen Mitglieder mit der Einschränkung zu belangen, daß die Zwangsvollstreckung nur aus dem gemeinschaftlichen Vereinsvermögen stattfinden dürfe. Diese Lösung mag prozessualisch zulässig sein, scheitert aber an dem Umstande, daß auf diesem Wege die Vereinsmitglieder doch wieder zu weiteren Zahlungen, wie Prozeßkosten u. s. w. genöthigt würden.

γ. Die Vorstandsmitglieder als solche können prozeßrechtlich nicht belangt werden. Wollte man dieselben etwa in eigenem Namen mit der gedachten Einschränkung hinsichtlich der Zwangsvollstreckung belangen, so würde über das Miteigenthum der übrigen Vereinsmitglieder entschieden, ohne daß denselben rechtliches Gehör gewährt worden wäre.

δ. Die Vorstandsmitglieder, welche den Beschluß gefaßt haben, persönlich haftbar zu machen, würde nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unzulässig und wie schon angedeutet aus dem Grunde unbillig sein, weil dieselben es keineswegs in der Hand haben, ihre Vorstandsstellung und ihren Einfluß auf die Verwendung des Vereinsvermögens bis zu dem Zeitpunkte festzuhalten, wo der Dritte sie haftbar zu machen versucht.

Ein Ausweg aus diesen Irrgängen ist nur dadurch herzustellen, daß eine neue Rechtsnorm den geschlossenen Zusammenhang der entwickelten Rechtsgrundsätze durchbricht:

Die übliche Bestimmung, daß die Vereinsmitglieder nur gewisse

Beiträge zu zahlen haben, sollte entweder dritten Personen gegenüber rechtsunwirksam sein oder für die Vorstandsmitglieder die Folge haben, daß dieselben, soweit ihre Mitwirkung bei Beschlüssen reicht, dritten Personen gegenüber als Selbstschuldner haften. Der erstgedachte Rechtssatz dürfte den Vorzug verdienen.

7. Forderungen des Vereins.

Soll eine dem „Verein" zustehende Forderung eingeklagt werden, so müssen nach allgemeinen Grundsätzen alle Mitglieder als Kläger auftreten. Dies ist in den meisten Fällen praktisch unthunlich. Als Auskunftsmittel bietet sich der Weg der Uebertragung der Forderung auf eine bestimmte Person, welche dieselbe dem Dritten gegenüber mit allen Rechten des wahren Inhabers geltend macht. Diese Uebertragung muß an und für sich dem Dritten in der Form des § 308 des Entwurfs durch eine von allen Vereinsmitgliedern vollzogene öffentliche Urkunde nachgewiesen werden. Insoweit jener Dritte selbst in rechtliche Beziehungen zu dem Vereine und seinen Organen getreten ist, wird derselbe nicht beschwert, wenn bestimmt wird, daß zu der Uebertragung der Forderung die statutgemäße Zustimmung der Generalversammlung oder des Vorstandes ausreicht, und die in § 308 erwähnte öffentliche Urkunde nur in dieser Richtung den Nachweis des Uebergangs der Forderung zu enthalten braucht.

Bezüglich mancher dieser Vorschläge wird man vielleicht entgegnen, daß sie sich ohne Weiteres aus dem Gesetze herleiten lassen. Ich will darüber nicht streiten. Soviel ist aber sicher, daß es bisher in Praxis selten gelungen ist, auf diesem Gebiete die Aufgaben der Rechtsordnung befriedigend zu lösen.

Schlußbemerkung.

Die Rechtsnormen der §§ 44 bis 63 des Entwurfs lassen sich ohne Schwierigkeit in das von mir vorgeschlagene System einfügen. Von einer Erörterung der Bedenken, zu welchen meines Erachtens einzelne dieser Bestimmungen sowie gewisse Lücken des Gesetzes Anlaß geben, glaube ich mit Rücksicht auf den Zweck meiner Arbeit und die Beschränktheit des Raumes absehen zu sollen.

Es wäre wünschenswerth, wenn mit größerer Klarheit zum Ausdruck gebracht werden könnte, daß die §§ 44—57 und 61 des Entwurfs für alle Körperschaften gelten sollen, mögen dieselben

öffentlich rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter tragen, mögen sie erst unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs ins Leben treten oder schon früher bestanden haben.

Die Rechtsverhältnisse der Stiftungen sind zutreffend geordnet. Die Gründe, welche bei Körperschaften für die Einführung des Systems der Normativbedingungen sprechen, treffen hier nicht zu.

Verschiedene Einzelbestimmungen des Entwurfs, z. B. § 44 Absatz 5, können zweckmäßig auf den Fiskus anwendbar erklärt werden. Es wäre überhaupt wünschenswerth, wenn auch die juristische Persönlichkeit des Fiskus zum Gegenstande reichsrechtlicher Normen gemacht werden könnte.

Der Beginn des Rechtsstreits.

Von Rechtsanwalt Dr. Carl Linkelmann II in Hannover.

Die möglichen Wirkungen, die ein Rechtsstreit auf den geltend gemachten Anspruch ausübt, beziehen sich entweder auf den im Wege der Klage und Widerklage oder auf den im Wege der Einrede geltend gemachten Anspruch. Der Entwurf geht davon aus, daß nur der Erhebung der Klage und Widerklage eine materiell-rechtliche Bedeutung gebührt. Gegen diese Anschauung lassen sich unseres Erachtens begründete Einwendungen nicht erheben. Unsere Untersuchung wird sich demnach auf eine Erörterung der Wirkungen der Klage und Widerklage beschränken. Die bezeichneten Wirkungen sind im Verhältnisse zu einander gleichartig.

Der Entwurf verzichtet auf eine erschöpfende Regelung des Gegenstandes. Nicht geregelt ist die Uebertragbarkeit der in Streit befangenen Sachen und Ansprüche. Hier werden die Vorschriften der C. P. O. § 236—238 maßgebend bleiben, falls nicht, wie die Motive Bd. I S. 361 andeuten, eine Aenderung jener Vorschriften durch das Einführungsgesetz beliebt wird.

Von Wirkungen der Klagerhebung oder des Eintritts der Rechtshängigkeit spricht der Entwurf in den §§ 170—174, 244, 933, 945, 964, 1017, 1155, 2085, 192 Abs. 1, 740 Abs. 3, 885 Abs. 3, 938 Abs. 3, 1222, 1224, 1216 Abs. 1, 1315, 1329, 1331 Abs. 2, 1360 Abs. 2, 1379, 1407 Abs. 1, 1429 Abs. 1, 1430 Abs. 3, 1492. Allgemeinere Bedeutung beanspruchen jedoch nur die Bestimmungen über die mit der Rechtshängigkeit eintretende gesteigerte Haftung des Beklagten und die Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung und der Ersitzung.

Eine kurze Wiedergabe dieser Bestimmungen dürfte nicht unerwünscht sein.

a. Durch den Streitbeginn als solchen wird die Haftung des Beklagten gesteigert, wenn es sich handelt um den persönlichen Anspruch auf Herausgabe einer in sich bestimmten Sache (§ 244 des Entwurfs) oder um die Ansprüche des Sachen- und Erbrechts (§§ 933, 945, 95, 964, 1017, 1155, 2085). Von der Rechtshängigkeit der betreffenden Ansprüche an wird der Beklagte in seiner Haftung für Nutzen und Schaden dem bösgläubigen Besitzer gleichgestellt. Der Beklagte ist mithin verpflichtet, dem Kläger diejenigen Nutzungen heraus zu geben, die er nach dem gedachten Zeitpunkte gezogen hat; er haftet für denjenigen nach diesem Zeitpunkte aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden, welcher durch Untergang oder Verschlechterung der Sache oder der soeben bezeichneten Nutzungen oder dadurch entstanden ist, daß Nutzungen, welche hätten gezogen werden können, nicht gezogen sind.

Diese eigenartige Haftung tritt jedoch nur unter der Voraussetzung ein, daß der Beklagte sich nicht im Verzuge befindet. Denn im Verzugsfalle ist der Beklagte auch während der Dauer des Prozesses bis zur Befriedigung des Anspruchs den strengeren Wirkungen des Verzuges unterworfen. Und zwar gleichviel, ob Schuldverhältnisse in Frage stehen oder sachenrechtliche oder erbrechtliche Verhältnisse. Der Verzug ist nach dem Standpunkte des Entwurfes auf alle diese Verhältnisse anwendbar; seine Folgen sind überall gleichmäßig geordnet (vergl. § 244, 934, 945, 964, 1017, 1155, 2086). Da nun die Erhebung der Klage auf Verurtheilung zur Leistung als Mahnung angesehen wird (§ 245), so wird in diesem Zeitpunkte spätestens auch der Verzug des Beklagten eintreten, in so fern nicht von ihm die Entschuldigung aus § 246 angerufen werden kann. Der Hauptanwendungsfall der letzteren Bestimmung und damit der Hauptanwendungsfall der Vorschriften über die Haftung des Prozeßbesitzers ist der Ausschluß des Verzuges durch entschuldbaren Irrthum.

Daß bei persönlichen Ansprüchen auf Herausgabe einer in sich bestimmten Sache die vorstehenden Grundsätze auch dann außer Anwendung bleiben, wenn aus dem Schuldverhältnisse eine andersartige Haftung sich ergiebt, ist ziemlich selbstverständlich.

Völlig unberührt von einer Einwirkung des Streitbeginnes bleiben diejenigen persönlichen Ansprüche, deren Gegenstand die

Zahlung einer Geldsumme oder die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache bildet. Insbesondere können Prozeßzinsen nicht gefordert werden. Die Motive Bd. II S. 55 erachten hier die Vorschriften über die Wirkungen des Verzuges als ausreichend.

b. Der Lauf der Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruches, auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurtheiles Klage erhebt. Der Klagerhebung sind gleichgestellt die im § 170 Abs. 2 Nr. 1—4 aufgeführten Rechtshandlungen, darunter die Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren.

Die Unterbrechung mittels Klagerhebung gilt aber als nicht erfolgt, wenn der Berechtigte die Klage zurücknimmt oder wenn dieselbe wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird. Nur bei Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts tritt eine Ausnahme ein. Erhebt alsdann der Berechtigte die Klage innerhalb 6 Monaten nach der Rechtskraft des Urtheils bei dem zuständigen Gerichte, so gilt die Verjährung als durch die erste Klagerhebung unterbrochen. Vergl. auch § 170 Abs. 3 und 4.

Die Unterbrechung mittels Zustellung eines Zahlungsbefehles gilt als nicht erfolgt, wenn die Wirkungen der Rechtshängigkeit nach Maßgabe der §§ 637, 640, 641 C. P. O. erlöschen.

Die Dauer der Unterbrechung erstreckt sich bis zur rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Erledigung des Rechtsstreits. Ist der Rechtsstreit in Stillstand gerathen, so endigt die Unterbrechung in demjenigen Augenblicke, in welchem der Stillstand eintritt; durch das weitere Betreiben seitens der einen oder anderen Partei wird der Lauf der Verjährung von Neuem unterbrochen.

Auf die Ersitzungszeit finden die Rechtssätze über die Unterbrechung des Laufes der Verjährungszeit entsprechende Anwendung. Die Unterbrechung wirkt aber nur zu Gunsten desjenigen, der sie herbeigeführt hat. Die Ersitzung ist dem Entwurfe nur mit Bezug auf den Eigenthumserwerb an beweglichen Sachen bekannt (§§ 170, 171, 174, 887).

Sonstige Bestimmungen allgemeineren Inhalts haben in den Entwurf keine Aufnahme gefunden. Im Gegensatz zu dem bisherigen Recht ist der Streitbeginn ohne Einfluß auf die Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern, sowie auf das Wahlrecht zwischen verschiedenen Ansprüchen oder

zwischen verschiedenen Gegenständen desselben Anspruchs; die Vererblichkeit der Rechtsverhältnisse wird durch den Eintritt der Rechtshängigkeit nur ausnahmsweise berührt.

Ebenso schweigt der Entwurf hinsichtlich der Frage, „welchem Zeitpunkte der Richter die thatsächlichen Voraussetzungen seines Spruchs zu entnehmen hat". Nach der Gestaltung des heutigen Rechtes kann es, wie die Motive Bd. I S. 364 vollkommen richtig hervorheben, keinem Zweifel unterliegen, daß die rechtsaufhebenden oder rechtshindernden ebenso wie die rechtserzeugenden Thatsachen bis zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, — in der Berufungsinstanz mit den durch die C. P. O. bestimmten Beschränkungen — geltend gemacht werden können. Die Verurtheilung ist demnach ausgeschlossen, wenn ein Anspruch, der zur Zeit der Klagerhebung begründet war, in dem gedachten Zeitpunkte aufgehört hat, begründet zu sein. Die Berücksichtigung der nach Zustellung der Klage geltend gemachten rechtserzeugenden Thatsachen ist dagegen nur innerhalb der durch die Klagänderungsbefugniß gezogenen Grenzen zulässig.

Der vom Entwurfe eingenommene grundsätzliche Standpunkt verdient die rückhaltloseste Anerkennung. Was prozessualisch durch die C. P. O. vorbereitet wurde, ist durch den Entwurf mit Bezug auf das materielle Recht vollendet. Man vergleiche den ungeheuren Abstand von der Ursprungsquelle des heutigen Rechtes, von den Satzungen des alten römischen Rechts. Noch in den Grenzen privatrechtlicher Anschauung bewegt sich der altrömische Prozeß. Staatsrechtlich gipfelt seine Aufgabe in der Anordnung des judicium. Denn der bezeichnete Akt entscheidet — das ist doch der staatsrechtliche Kern der sententia — bedingt wenigstens über die Erzwingbarkeit des privatrechtlichen Anspruchs. Das judicium ist aber die Form, in der der Anspruch zur Verwirklichung kommt und besteht anstatt des Anspruches, der untergegangen ist. Es ist ein Rechtsverhältniß gebildet aus dem Inhalt des untergegangenen Anspruchs, nur verstärkt in subjektiver Beziehung durch die Aufnahme des judicium, ein Rechtsverhältniß, das ähnlich wie das compromissum des Privatrechts, auf Erklärungen der Parteien beruht, wenn auch auf Erklärungen, deren Angabe erzwungen werden kann.

Aus dieser Vermischung zwischen öffentlichem und Privatrecht ergaben sich in natürlicher Folge zwei Sätze von grundlegender Bedeutung:

1. Der Anspruch besteht nur noch in der Form des judicium. Das judicium ist ein Rechtsverhältniß von selbständigem Charakter und wird namentlich unempfindlich gegen Aufhaltungsgründe, denen der Anspruch unterworfen war.

2. Der sententia ist derjenige Zustand des Anspruchs zu Grunde zu legen, in welchem sich derselbe in dem Zeitpunkte der Anwendung des judicium befand. Denn nur dieser Zustand hat die Vorprüfung des Prätors passirt; nur mit Bezug auf diesen Zustand war die Mitwirkung der Parteien zu erzwingen.

Die ausnahmslose Gültigkeit jener grundlegenden Sätze konnte schon zur Zeit des alten Römisches Civilprozesses nicht aufrecht erhalten werden. Billigkeitsgründe erforderten mannigfache Abweichungen. Ihre Bedeutung war aber vernichtet in demjenigen Augenblicke, in welchem der Untergang des Judicialverfahrens zur Thatsache geworden war. Die geschichtliche Entwickelung dieser Rechtsmaterie bis auf die neueste Zeit ist ein steter Kampf der Loslösung des privaten von dem öffentlichen Recht. Die rein staatliche Rechtspflege bedurfte keiner Anlehnung an eine parteiseitige Willenserklärung. Durch die C. P. O. ist der öffentlich-rechtliche Inhalt der Rechtshängigkeit aus den Unklarheiten privatrechtlicher Anschauungen herausgehoben worden. Noch bestanden aber und bestehen in dem gemeinen Rechte wie in den großen Gesetzgebungswerken mannigfache Wirkungen des Prozesses auf den eingeklagten Anspruch, die sich nur als Anklänge an die Satzungen des alten judicium erklären. Dem Entwurf gebührt das Verdienst, auch diese Anklänge beseitigt und damit die letzten Folgerungen einer langjährigen Entwickelung im Sinne wissenschaftlicher Abklärung gezogen zu haben. Nach römischem Recht war die Veränderung des Anspruchs im Prozesse eine begriffliche Nothwendigkeit, deren verletzende Folgen nur durch Billigkeitssätze beseitigt werden konnten. Die in dem Entwurf zum Ausdruck gelangte heutige Rechtsanschauung beruht auf der entgegengesetzten Regel, daß das eingeklagte Rechtsverhältniß durch seine gerichtliche Geltendmachung nicht berührt wird. Die an die Klagerhebung oder an den Hintritt der Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen sind nicht mehr durch prozeß-politische, sondern nur noch durch Gründe materiell-rechtlicher Natur bestimmt. Diese ihre Herkunft darf bei einer wissenschaftlichen Betrachtung nicht außer Acht gelassen werden.

Der grundsätzliche Standpunkt des Entwurfs ist unbedingt zutreffend. Ist dasselbe zu sagen von der Regelung des Gegenstandes

in allen seinen Einzelheiten? Sind die Bedürfnisse der Praxis berücksichtigt?

Was die s. g. Steigerung des Anspruchs anbetrifft, so entspricht die Uebertragung der Grundsätze vom bösgläubigen Besitz auf den Prozeßbesitz der in neuerer Zeit zum Durchbruch gelangten Rechtsüberzeugung. Nur das gemeine Recht läßt den Unterschied zwischen bös- und gutgläubigen Besitzer auch für die Dauer des Prozesses fortwirken und stellt den bösgläubigen Besitzer unter besonders scharfe Bedingungen. Dieser Unterschied ist vom Entwurf mit Recht mißbilligt worden.

Bedenklich ist dagegen die Beseitigung der Prozeßzinsen. Derselbe Billigkeitsgrund, welcher den Besitzer einer Sache zur Herausgabe der vom Streitbeginne an gezogenen Früchte verpflichtet, überweist vom Streitbeginne an den vom Gelde zu ziehenden Nutzen dem Gläubiger. Ob gegenüber dem regelmäßig eintretenden Verzuge der Anwendungsfall sich so selten ereignen würde, wie die Motive a. a. O. unterstellen, kann nicht entscheidend sein, ist aber auch zu bezweifeln. Hat doch das Reichsgericht allein schon zu wiederholten Malen Veranlassung gehabt, sich mit der Frage der Prozeßzinsen zu befassen. (Vgl. R. G. E. Bd. II S. 176, Bd. VII S. 161, Bd. VIII S. 174, Bd. IX S. 174.) Dem Billigkeitsgrunde steht die praktische Erwägung zur Seite, daß in dem möglichen Anwendungsfalle gerade die Grenze zwischen Verzug und Nichtverzug häufig eine zweifelhafte sein wird. Die Anerkennung von Prozeßzinsen würde die auftauchenden Zweifel für die Praxis beseitigen. —

Einer eingehenderen Besprechung erscheint die Frage bedürftig nach der Dauer der Rechtshängigkeitswirkungen für den Fall, daß der Rechtsstreit ohne sachliche Entscheidung beendigt wird.

Wenn dieser Frage bislang nur geringe Aufmerksamkeit zugewandt worden ist, so hängt das wohl mit dem maßgebenden Einflusse zusammen, welchen das klassischrömische Recht auf Wissenschaft und Praxis ausgeübt hat. Im römischen Prozesse vollzieht sich die prozessualische Einwirkung auf das Rechtsverhältniß vor dem Prätor mit der Litis contestatio, bezw. mit der Anwendung des judicium, also in einem Zeitpunkte, in welchem die Gesetzmäßigkeit der Ladung und das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen bereits festgestellt war. Das Ende des judicium war stets auch das Ende des materiellen Rechtsverhältnisses. Mit der injusvocatio verband sich aber urspüngslich keine Folge für das materielle Recht, obwohl durch diesen Akt

bereits wie heute die Rechtshängigkeit, nämlich die Fortdauer der Zuständigkeit des Prätors, begründet wurde. Für das klassische römische Recht konnte mithin die zur Beurtheilung stehende Frage gar nicht aufgeworfen werden.

Je mehr nun die Bedeutung der Litis contestatio zurückgedrängt wurde, um so stärker mußte sich die Neigung geltend machen, der Ladung schon die maßgebende Einwirkung beizumessen. In welchem Umfange diese Verschiebung stattgefunden hat, war bis zu dem Inkrafttreten der C. P. O. streitig. Die C. P. O. schließt diese Entwicklung in dem Sinne ab, daß ausnahmslos bei Zustellung der Klage bezw. des Zahlungsbefehles für maßgebend erklärt wird. In Folge der gedachten Veränderung ist es überhaupt erst möglich geworden, daß die Rechtshängigkeitswirkungen eintreten, ohne daß die Lage des Prozesses eine sachliche Entscheidung bedingt.

Diejenigen Fälle, die in Betracht kommen, sind:

a) die Beendigung des Rechtsstreites durch Zurücknahme der Klage,
b) der Fall, in welchem die Fortsetzung des Mahnverfahrens aufgegeben wird,
c) die Abweisung der Klage als an sich unstatthaft, d. i. wegen prozessualisch-mangelhafter Klagerhebung,
d) die Abweisung der Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung.

Die Verhältnisse zu a und b sind durch die C. P. O. in der Art geordnet, daß beim Eintritt der betreffenden Endigungsgründe die Rechtshängigkeitswirkungen mit rückwirkender Kraft aufgelöst werden. Diese Bestimmungen sind dem Entwurf gegenüber allgemein gültig, obwohl dieselben nur wiederholt sind mit Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung (§ 171 Abs. 1, 172) und, in so weit die Zurücknahme der Klage in Frage steht, mit Bezug auf die besonderen Fälle der §§ 1268 Satz 1, 1476, 1478. Die Verhältnisse zu c und d sind dagegen durch die C. P. O. gar nicht, durch den Entwurf nur im Hinblick auf die Unterbrechung der Verjährung geordnet. Dieser Rechtslage gegenüber ist die Ausstellung zu machen, daß nicht auch eine allgemeine Regelung der Verhältnisse zu c und d beliebt worden ist. Prozessualisch gesprochen endigt ja die Rechtshängigkeit, deren Eintritt in der Regel weder durch den Mangel einer Prozeßvoraussetzung noch durch Mängel in der Klagerhebung gehindert wird, erst mit der Rechtskraft des klagabweisenden Urtheils. Hieraus folgt

aber weder, daß auch die civilrechtlichen Wirkungen wiederum wegfallen noch daß sie nicht rückwärts wegfallen. Denn ein nothwendiger Zusammenhang zwischen prozeß- und civilrechtlichen Wirkungen besteht, wie oben schon bemerkt ist, nicht. Zur Ermittlung des Endpunktes der civilrechtlichen Wirkungen sind wir auf ihre innere Natur sowie auf Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe angewiesen. Und es muß geläugnet werden, daß dieser Maßstab in allen Fällen ein sicheres Resultat gewährt. Eine erschöpfende Regelung erscheint daher aus praktischen wie aus systematischen Gründen geboten.

Allerdings wird man dabei von demjenigen Gedanken ausgehen müssen, welcher in sämmtlichen civilrechtlichen Wirkungen mehr oder weniger hervortritt, daß ihnen nämlich eine sachliche Bedeutung nur zukommt, wenn schließlich einmal eine Verurtheilung des Beklagten erreicht wird. Dieser Ausgangspunkt bewährt sich mit der Wahrheit des römischen Rechtes, welches die materiell-rechtlichen Wirkungen des Streitbeginnes erst an die Litis contestatio anknüpft, und führt in das heutige Recht übertragen, zu der Regel, daß ebenso wie bei Zurücknahme der Klage die durch die Klagerhebung oder den Eintritt der Rechtshängigkeit erzeugten Wirkungen mit rückwirkender Kraft wieder aufgelöst werden, wenn die Klage als an sich unstatthaft oder wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird. Ausschließlich entscheidend ist aber jener Gedanke keineswegs; durchaus nicht sämmtliche Wirkungen setzen voraus, daß gerade die angestellte Klage schon zur Verurtheilung führt. Abweichungen von der aufgestellten Regel dürften jedoch aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen nur für wenige Fälle gefordert werden. Wir rechnen dahin die Fälle der §§ 402, 938 Abs. 2, 1430 Abs. 2 sowie die Fälle der Unterbrechung der Verjährung.

Für die Rechtsfolgen der §§ 402, 938 Abs. 2 muß es augenscheinlich gleichgültig sein, ob der Rechtsstreit ohne sachliche Entscheidung beendigt wird. Die dort erwähnten Anzeigen können ebenso gut durch eine mündliche oder schriftliche Mittheilung bewirkt werden. Entscheidend ist hier, ob die Klage dem Verpflichteten zugestellt worden ist.

Mit Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung hat der Entwurf bereits, wie oben mitgetheilt ist, eine Ausnahme zugelassen bei Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts, allerdings nur in dem beschränkten Umfange, daß die nachfolgende Klage innerhalb 6 Monaten von der Rechtskraft des Urtheils an bei dem zu-

ständigen Gerichte erhoben sein muß. Gegen diese Beschränkung ist eine Einwendung nicht zu erheben.*) Auch liegt kein Grund vor, die sonstigen sogenannten Prozeßvoraussetzungen der Zuständigkeit des Gerichts gleich zu stellen. Unter „Prozeßvoraussetzung" sind aber nach der Terminologie des Entwurfes die prozessualischen Erfordernisse der Klagerhebung einbegriffen. Die Unterbrechung der Verjährung wird also auch dann für immer beseitigt, wenn die Klage als an sich unstatthaft abgewiesen wird. Diese Bestimmung kann unseres Erachtens nicht aufrecht erhalten werden. Es ist unbegreiflich, aus welchem Grunde hier die bei Abweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts angewandte Milde versagt sein soll. Die Abweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts spricht aus, daß ein zur sachlichen Entscheidung überhaupt nicht befugter Richter angerufen ist; der angerufene Richter lehnt die Entscheidung für alle Zukunft ab. Bei mangelhafter Klagerhebung ist der an sich zuständige Richter nur durch die gegenwärtige prozessualische Sachlage an der Entscheidung verhindert; die Ablehnung der Entscheidung erfolgt hier nur zur Zeit. Dabei hat in dem letzteren Falle möglicherweise die klagende Partei jede zu erwartende Sorgfalt angewandt, mehr Sorgfalt vielleicht, als durch die Klagerhebung bei einem unzuständigen Gerichte bekundet sein mag. Die Mängel der Klagerhebung liegen ja häufig in der Verletzung von Zustellungsvorschriften, also in Umständen, die dem Verhalten der Partei zunächst gar nicht angerechnet werden können. Von derartigen Mängeln erhält die Partei erst Nachricht, nachdem sie eingetreten sind. Inzwischen ist aber die Verjährungsfrist vielleicht abgelaufen. Es erscheint als eine unabweisbare Forderung der Billigkeit, daß bei mangelhafter Klagerhebung mindestens in dem Umfange, in welchem es bei Abweisung wegen Unzuständigkeit vorgesehen ist, die Nachholung des Mangels gestattet wird.

---

*) Hölder, Archiv für civil. Praxis Bd. 73 Heft 1 S. 147 schlägt vor, daß in dem fraglichen Falle lediglich eine Sistirung der Verjährung von der Erhebung bis zur Abweisung der Klage statuirt werde; es bestehe kein Grund, durch Gewährung der sechsmonatigen Frist dem Berechtigten mehr Zeit zuzugestehen als diejenige, welche zur Zeit der ersten Klagerhebung noch fehlte.

Wir können uns diesem Vorschlage nicht anschließen; im Gegensatz zu der Anschauung, welche auch bei mangelhafter Klagerhebung eine unbedingte Unterbrechung der Verjährung eintreten läßt, vertritt unseres Erachtens der Entwurf eine durchaus gerechtfertigte Mittelmeinung.

Der Forderung ist genügt durch das sächsische Gesetzbuch § 166. Die Motive des Entwurfs verweisen daneben auf die uns nicht zugänglich gewesenen Gesetze für Württemberg Art. 6, Hessen Art. 24, Bremen § 7, Dresdener Entwurf Art. 414, schweiz. Gesetz über das Obligationenrecht Art. 158. In der gemeinrechtlichen Praxis macht sich die entschiedene Neigung geltend, der mangelhaften Klage eine die Unterbrechung der Verjährung unbedingt herbeiführende Wirkung zuzuschreiben. (Vergl. Seuffert, Archiv Bd. VI Nr. 133, Bd. IX Nr. 250, Bd. 20 Nr. 101 und R. G. E. Bd. V S. 122.) Alle diese Erkenntnisse erachten unter Berufung auf Const. 3 Cod. 7. 40 für ausschlaggebend, daß auch bei mangelhafter Klagerhebung auf der Seite des Klägers der Vorwurf der Saumseligkeit beseitigt werde. Um so gewichtiger erscheint diese Praxis, als andererseits der Klagerhebung bei einem unzuständigen Gerichte die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung abgesprochen wird. (Vergl. Seuffert Archiv XI Nr. 7).

Derselbe Billigkeitsgrund, welcher bei der Unterbrechung der Verjährung unsere Regel durchbricht, verdient — was vom Entwurfe völlig übersehen wird — eine entsprechende Berücksichtigung in solchen Verhältnissen, in denen ein Anspruch dadurch bedingt ist, daß derselbe innerhalb einer bestimmten Frist gerichtlich geltend gemacht wird. Wir denken dabei vorzugsweise an die Fristen, durch welche die Zulässigkeit des Rechtsweges beschränkt wird, sowie an die Fristen der K. O. §§ 24 Nr. 2, 25 Nr. 1 und 2 und des Reichsgesetzes, betr. die Anfechtung rc. vom 21. Juli 1879, falls man letztere nicht etwa schon als Verjährungsfristen ansehen will. Aus dem Entwurfe wäre hierher zu rechnen der § 1430 Abs. 2. —

Genehmigt man die vorstehend erörterten Ausnahmen bei Abweisung einer prozessualisch mangelhaften Klage durch gerichtliches Urtheil, so wird man sich der Prüfung der Frage nicht entziehen können, ob nicht die Gründe der Ausnahmen ebenfalls zutreffen, wenn die Klage zurückgenommen wird. Für die Bejahung dieser Frage spricht unseres Erachtens die Rechtslogik und das Bedürfniß der Praxis. Wenn der Kläger sich nach Zustellung der Klage überzeugt, daß die Erhebung der Klage nicht ordnungsmäßig bewirkt oder daß ein unzuständiges Gericht angerufen ist, so darf ihm das Recht nicht versagt sein, ohne Beeinträchtigung seiner materiell-rechtlichen Lage die Klage zurück zu nehmen. Widersinnig wäre ein Rechtsstreit, der von der klagenden Seite nur aus dem Grunde fortgesetzt

werden muß, um ein aller Voraussicht nach ungünstiges Urtheil zu erwirken. —

Das sind hinsichtlich der besprochenen Materie im wesentlichen diejenigen Richtungen, in denen nach unserem Dafürhalten der Entwurf einer nochmaligen Prüfung unterzogen werden könnte. In der jetzigen Redaktion wären dieselben etwa folgendermaßen zum Ausdruck zu bringen:

I. Die Bestimmung wegen der Prozeßzinsen wäre hinter dem § 243 einzuschieben.

II. Was die Dauer der Rechtshängigkeitswirkungen anbetrifft, so würde der Abschnitt 9 des Allgemeinen Theiles die Ueberschrift empfangen:

„Streitbeginn und Urtheil."

Vor dem jetzigen § 190 wäre ein besonderer Paragraph einzuschieben etwa mit folgendem Wortlaut:

„Die an die Klagerhebung oder den Eintritt der Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen werden, insoweit nicht aus diesem Gesetze sich ein Anderes ergiebt, mit rückwirkender Kraft wieder aufgelöst, wenn der Kläger die Klage zurücknimmt oder wenn die Klage als an sich unstatthaft oder wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird.

Diese Bestimmung findet in den Fällen der §§ 245, 402, 938 Abs. 2 des Gesetzes keine Anwendung.

Die §§ 637, 640, 641 der R. C. P. O. bleiben unberührt."

Unter den Ausnahmen ist der § 245 mit angeführt, obwohl der Verzug keine nothwendige Wirkung des Streitbeginnes ist. Fehlte aber die Bezugnahme, so könnten Zweifel darüber bestehen, wie jener Fall zu behandeln wäre.

Mit Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung wäre der jetzige erste Absatz des § 171 zu streichen, weil sein Inhalt durch obige Regel gedeckt wird.

Statt dessen wäre mit den Worten zu beginnen:

„Nimmt der Berechtigte die Klage zurück oder wird die Klage als an sich unstatthaft oder wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen, so gilt die Verjährung als durch die erste Klagerhebung unterbrochen, wenn von dem Berechtigten innerhalb 6 Monaten nach der Zurücknahme oder nach der Rechtskraft des Urtheils in statthafter Weise bei dem zuständigen Gerichte neue Klage erhoben wird."

Der übrige Inhalt des Paragraphen wird durch unsere Untersuchung nicht berührt. Der § 172 des Entwurfs wäre dagegen im Hinblick auf den oben vorgeschlagenen Regelparagraphen vollständig zu streichen.

Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung auf Ausschlußfristen würde endlich durch einen einfachen Hinweis auf § 171 Abs. 1 etwa in dem 6. Abschnitt des Allgemeinen Theiles „Zeitbestimmungen" genügend zum Ausdruck gebracht werden können.

Zu § 293 bis 313 des Entwurfs (Uebertragung der Forderung).

Von Rechtsanwalt Dr. **Martinius** in Erfurt.

Zu § 293, 294.

Indem der Entwurf sich prinzipiell für die Zulässigkeit der Sondernachfolge in eine Forderung erklärt und die Wirkung des Ueberganges der Forderung an den Abtretungsvertrag knüpft, sofern nicht die Uebertragung auf Grund des Gesetzes oder gerichtlicher Anordnung in Frage kommt, steht er auf dem Standpunkte der modernen Rechtswissenschaft und der meisten neueren Codifikationen, den man schwerlich aufgeben wird. Es könnte höchstens die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht etwa wünschenswerth sei, für den Abtretungsvertrag eine besondere Form vorzuschreiben oder die Wirkung des Gläubigerwechsels erst an das Hinzutreten eines weiteren äußerlichen Moments, der Denunziation, zu knüpfen. Eine besondere Form für den Abtretungsvertrag würde man nur dann vorschreiben können, wenn man den prinzipiellen Standpunkt des Entwurfs in Betreff der Formfreiheit fallen ließe. Daran ist nicht zu denken. Durch die Anknüpfung des Ueberganges der Forderung an die Denunziation aber würden für den Verkehr unerträgliche Schwierigkeiten erzeugt. Der einfache und für die Grundlehren eines Rechtsbuches deshalb so annehmbare Parallelismus zwischen Tradition und Cession ginge verloren. Bei der cessio legis müßte man den Gläubigerwechsel gleichwohl ohne Denunziation vor sich gehen lassen oder den Uebergang der Forderungen unmittelbar kraft des Gesetzes Preis geben. Bei Uebertragung von Rechten im Sinne des § 312 des Entwurfs, wie der Urheberrechte u. s. w. müßte man von der Denunziation gleichfalls so wie so absehen, weil

hier der Schuldner, dem der Uebergang des Rechts durch die Denunziation publizirt werden sollte, fehlt. Es kommt hinzu, daß erfahrungsmäßig bisher Vorschriften, analog denen in § 303 fg. des Entwurfs dem Interesse des cessus und der allgemeinen Rechtssicherheit genügten. Wenn der Entwurf in den § 303 fg. auf die Kenntniß des Schuldners von der Uebertragung das entscheidende Gewicht legt, statt an eine formale Denunziation anzuknüpfen, so bedeutet das einen nur zu billigenden Fortschritt. Dem Entwurfe steht auch hier Treue und Glauben im Verkehre höher als ein ungesunder Formalismus (vergl. auch l. 17 Dig. 2, 15). Das Interesse des neuen Gläubigers wird von selbst dazu führen, daß in der Regel der Schuldner durch Anzeige des bisherigen Gläubigers oder Vorlegung einer Abtretungsurkunde von dem Forderungs-Uebergang ausreichend sichere Kenntniß baldigst erhält.

Für die Begründung des Nießbrauchs an Forderungen erklärt der Entwurf im § 1023 die Vorschriften für entsprechend anwendbar, welche im Falle der Uebertragung der Forderung gelten (vergl. noch § 312, 1039, 313). Zur Verpfändung einer Forderung, zu deren Veräußerung der Abtretungsvertrag genügt, ist dagegen nach § 1211 außer dem Pfandvertrage erforderlich, daß die Verpfändung von dem Verpfänder dem Schuldner angezeigt wird. Auf den ersten Blick befremdet, daß die Entstehung des Pfandrechts hier an die Denunziation geknüpft wird. Während die Forderung in ihrer Totalität durch den Abtretungsvertrag übergeht, wird für die Uebertragung der geringeren Befugnisse, welche das Pfandrecht gewährt, eine erschwerte Form eingeführt. Wir werden richtiger sagen müssen: „beibehalten". Denn überall hat das Interesse des Publikums an der Kundbarmachung des Pfandrechts an Forderungen zu besonderen, die Bestellung erschwerenden Vorschriften geführt. Dieselben sind unentbehrlich zur Bekämpfung einer unsoliden Geschäftsgebahrung. In ganz analoger Weise hat man das constitutum possessorium als unentbehrlich für den Verkehr bei Uebertragung des Eigenthums und des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache beibehalten, während seine Anwendbarkeit bei Begründung des beschränkteren Pfandrechts an einer beweglichen Sache ausgeschlossen ist (vergl. § 805, 983 Abs. 2, 1147 Abs. 2, 1152). Nun ist ja zuzugeben, daß auch mit der Abtretung von Forderungen gleichwie mit deren Verpfändung ein die Interessen der Allgemeinheit gefährdender Mißbrauch getrieben werden kann. Z. B. es fällt Jemand in Konkurs. Dabei stellt sich

heraus, daß er seine Außenstände längst durch Vertrag einem Dritten abgetreten hat. Die Schuldner haben noch keine Kenntniß. Gleichwohl gehören die Außenstände nicht zur Masse. Sollte man deshalb die Uebertragung der Forderungen ganz allgemein erschweren? Das geht nicht an. Im unsoliden Verkehr wird stets die Verpfändung eine größere Rolle spielen, als die Abtretung des Eigenthums an Sachen und die Abtretung von Forderungen in ihrer Totalität, und die größere Gefahr, welche in der Möglichkeit häufigeren Mißbrauchs liegt, erheischt nur beim Pfandrechte Vorschriften, welche die Bestellung erschweren. Wollte man ein Uebriges thun, um die unbequemen Folgen, welche die Anknüpfung des Forderungsüberganges an den Abtretungsvertrag ohne Hinzutritt eines weiteren, eine gewisse Publizität verbürgenden Momentes im Konkursfalle äußern kann, abzulehnen, so könnte dies nur durch eine Bestimmung in der Konkursordnung geschehen, wonach Abtretungsverträge die Vermuthung der Absicht der Gläubiger-Benachtheiligung gegen sich hätten, wenn sie nicht dem Schuldner in der vorkritischen Zeit bekannt geworden sind. Daß in der Praxis sich ein dahin gehendes Bedürfniß fühlbar gemacht hätte, können wir, aus unserer Erfahrung wenigstens, nicht bestätigen. Daß im § 1211 der Anzeige des Verpfänders von der Verpfändung der Forderung nicht die Vorlegung einer dem § 306 Abs. 2 entsprechenden Urkunde durch den Pfandgläubiger gleichgestellt ist, nimmt Wunder. Näher darauf einzugehen, ist hier nicht der Ort.

Da die Pfändung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 730 Abs. 3 der Civilprozeßordnung mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner als bewirkt anzusehen ist, so liegt eine unverkennbare Konzinnität der Vorschriften des Entwurfs und der Prozeßordnung über die Entstehung des Pfandrechts an Forderungen durch Vertrag und in Folge gerichtlicher Anordnung vor. Wenn nun aber der Absatz 3 des § 294 die Wirkung der Uebertragung einer Forderung bei der Ueberweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung an die Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner knüpft, so scheint dieser Absatz mehr auf eine Uebereinstimmung mit dem § 730 der Civilprozeßordnung abzuzielen, als das Prinzip, das kurz vorher der Absatz 2 des § 294 ausgedrückt hat, im Auge zu behalten. Man könnte gerade durch die Stellung der beiden Absätze dazu geführt werden, es für wünschenswerth zu erklären, die Uebertragung der Forderung an die Vollziehung des Ueberweisungsbeschlusses durch

den Richter oder doch die Zustellung desselben an einen der Betheiligten, sei es den neuen Gläubiger oder den Drittschuldner zu knüpfen. Man muß sich aber gegenwärtig halten, daß die Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses sich hier nicht als ein Moment darstellt, das wie die Denunziation dem Uebertragungsakte hinzuzutreten hätte. Es handelt sich blos um das Hervortreten des richterlichen Willens, welcher den Willen des bisherigen Gläubigers ersetzt, in die äußere Erscheinung, und es ist rein zufällig, daß dieses Hervortreten regelmäßig mit der in der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses liegenden Benachrichtigung des Drittschuldners zusammenfällt. Bedenkt man noch, wie bedeutungslos praktisch bei der Ueberweisung einer Forderung, die an eine vorherige Pfändung stets anknüpft, der Moment des Ueberganges des vollen Gläubigerrechts in der Regel ist, wie erwünscht andererseits die Einheit in der Regelung der Pfändung und Ueberweisung von Forderungen im Zwangsvollstreckungsverfahren sein muß, so wird man die Stellungnahme des Entwurfs entschieden billigen, so sehr zunächst die Vorschrift des Absatz 3 im unmittelbaren Anschluß an den Absatz 2 des § 294 überrascht.

Der Grundsatz der Formfreiheit des Abtretungsvertrages trifft, soweit nicht für die Abtretung gewisser Forderungen, insbesondere derjenigen, für welche eine Hypothek bestellt ist, Ausnahmen bestimmt sind, auch diejenigen Abtretungsverträge, bei denen es sich um Abtretung von Forderungen aus Verträgen handelt, welche einer besonderen Form nach dem Gesetz unterliegen. Insofern die vorgeschriebene Form nur für den Schuldner berechnet war, wie beim Schenkungsvertrag für den Schenker, um ihn vor Uebereilung zu schützen, beim Schuldbekenntniß oder Schuldversprechen ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes, gewissermaßen um durch die Form einen materiellen Mangel zu decken (§ 440, 683), so hat es nichts Befremdendes, wenn der Abtretungsvertrag, den der Gläubiger (z. B. der Beschenkte) mit einem Dritten schließt, einer besonderen Form nicht unterworfen wird. Des Schutzes, den die Formvorschrift bei Abschluß des ursprünglichen Vertrages dem Schuldner angedeihen ließ, bedarf es bei der Abtretung der Forderung aus einem solchen Vertrage nicht mehr. Anders liegt jedoch die Sache bei den Abtretungsverträgen, welche an Verträge anknüpfen, durch welche Jemand sich zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke verpflichtete, oder an einen Vertrag, durch welchen Jemand sein ganzes gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil desselben einem Anderen zu übertragen

oder einen Nießbrauch daran zu bestellen versprach. Für beide Arten von Verträgen ist die gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben und hier trifft die Formvorschrift den ganzen Vertrag, so daß beide Theile ihre Erklärung in der vorgeschriebenen Form bei Strafe der Nichtigkeit des Geschäfts abzugeben haben. (§ 351, 350, 91.) Die erschwerende Form der Grundstücks-Veräußerungsverträge beruht auf der Rücksichtnahme, welche die soziale Bedeutung der Stabilität des Grundbesitzes erheischt, und dem richtigen Verständnisse des Einflusses, den ein solcher Veräußerungsvertrag häufig auf eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen ausübt. Bei der Veräußerung eines ganzen gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchtheils desselben, bei dem zumeist Grundbesitz eine Rolle mitspielen wird, ist neben diesen Gesichtspunkten die Inhaltschwere des ganzen Geschäfts sowie der Schutz des Veräußerers gegen Uebereilungen von Bedeutung. An die Verträge über ein ganzes Vermögen oder einen Bruchtheil desselben werden Abtretungsverträge im Allgemeinen seltener sich anschließen, weil der Erwerber oft persönliche Leistungen übernehmen wird, welche die Abtretung unmöglich machen, aber die Abtretung der Rechte aus Grundstückskäufen ist nicht so selten, als daß sie nicht eine gewisse Beachtung erheischte. Dieselben Rücksichten, welche die Aufstellung einer Formvorschrift für den Urvertrag nahe legten, scheinen die Aufstellung einer analogen Formvorschrift für den Abtretungsvertrag zu fordern, etwa dahin gehend:

> „Die Abtretung von Forderungen aus Verträgen, deren Gültigkeit von der Beobachtung einer besonderen Form durch beide Vertragschließenden abhängt, bedarf derselben Form.“

Natürlich darf die Formvorschrift nur den Abtretungsvertrag selbst treffen, nicht etwa den ihm als causa der Abtretung voraufgehenden Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger. Auch erscheint es nicht geboten, den Erlaßvertrag (§ 290) in gleicher Weise zu erschweren und etwa im Allgemeinen Theil des Gesetzbuchs eine generelle Vorschrift einzuschalten.

Wird der Entwurf nicht in der gedachten Richtung ergänzt, so ist dies sicher kein Unglück. Denn ohne besondere Vorschrift wird man von selbst geneigt sein, den Abtretungsvertrag der Form des Urvertrags anzupassen.

Wegen der Abtretung der Rechte aus schriftlichen Anweisungen kann auf die Motive zu § 613 unter 7 verwiesen werden. Hat der Angewiesene dem Anweisungsempfänger gegenüber die Anweisung

schriftlich angenommen, und überträgt letzterer durch einen Abtretungsvertrag sein Recht auf einen Anderen (§ 607), so entspricht die Rechtslage dem obengedachten Schenkungsversprechen oder einer sog. cautio indiscreta. Freilich scheint hier die den Anweisungsverkehr beherrschende Maxime der Schriftlichkeit kräftiger zur Schriftform auch für den Abtretungsvertrag zu drängen, indessen wird auch hier die Praxis ohne gesetzgeberischen Zwang den Weg der Schriftlichkeit von selbst einschlagen.

Eine besondere Vorschrift über die Zulässigkeit von Theilcessionen zu geben, hat der Entwurf für entbehrlich erachtet. Aus § 1122 ergiebt sich, daß der Entwurf von der unbeschränkten Zulässigkeit der Theilcessionen bei Theilbarkeit der Leistung ausgeht. In dem § 228, welcher den Schuldner als zu Theilleistungen nicht berechtigt erklärt, liegt indirekt eine Anerkennung des Grundsatzes, daß der Gläubiger Theilleistungen fordern kann und deshalb auch für befugt erachtet werden muß, Theile seiner Forderung auf Andere zu übertragen, immer vorausgesetzt, daß die Forderung an sich vermöge ihres Inhaltes theilbar ist. Es erscheint in Folge dessen thatsächlich nicht nöthig, die Zulässigkeit einer Theilcession besonders auszusprechen. Daß die Theilcession gewisse Erschwerungen für den Schuldner zur Folge haben kann, ist nicht zu verkennen. Er muß 10 Gläubigern kündigen, statt einem; in Folge der Kündigung einer Theilhypothek kann er keinen neuen Darleiher finden, während es bei Kündigung der ganzen Post wohl möglich wäre. Dies muß man in den Kauf nehmen und sich mit dem minima non curat praetor abfinden. Jede Cession, auch wenn es sich um keine Theilcession handelt, bringt schon eine gewisse Unbequemlichkeit mit sich durch die Nothwendigkeit für den Schuldner, sich mit einem neuen Gläubiger benehmen zu müssen, seine prozessuale Lage im Punkte der Beweislast verschlechtert sich u. s. w. Das sind Dinge, die man sich gefallen lassen muß, wenn man im Verkehrsinteresse das Prinzip der Cessionsfreiheit zu proklamiren für nöthig befindet. Und daß man dies muß, bedarf nicht des Beweises. Liegt doch die Sache bei der Vererbung von Forderungen (vergl. § 2051) ganz ebenso. Wollte man den Grundsatz aufstellen, daß bei der Cession die Lage des Schuldners nicht verschlimmert werden dürfe, so könnte dies nur mit der Beschränkung geschehen, „nicht mehr als bei Beerbung des Gläubigers". Man könnte daran denken, für Theilcessionen von Darlehns-Forderungen und Grundschulden dem Theilgläubiger, der allein seine Theilpost

aufkündigt, die Innehaltung einer doppelten Kündigungsfrist aufzunöthigen, um den Schuldner zu ermöglichen, durch rechtzeitige Aufkündigung der übrigen Theilposten die Schwierigkeiten seiner Lage einigermaßen aus dem Wege zu räumen. Indessen dürfte die Sache praktisch doch nicht von der Bedeutung sein, um ein positives gesetzgeberisches Eingreifen zu rechtfertigen. Aus der Praxis ist uns wenigstens nicht erinnerlich, daß ein Zurückgehen auf die diesem Zweck dienende Preußische Verordnung vom 8. Februar 1811 erforderlich gewesen wäre, und wenn einmal ein positiver Eingriff durch die Gesetzgebung angezeigt wäre, so müßte er natürlich auch die in Folge Erbanfalles getheilten Forderungen mitergreifen.

Zu § 295.

Der Absatz 1 dieses Paragraphen erklärt für nicht übertragbar alle Forderungen, welche von einer nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers abhängen, oder bei denen die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht möglich ist, oder deren Inhalt durch die Leistung an einen anderen Gläubiger verändert werden würde.

Trotz der, man möchte sagen, peinlichen Fassung dieses Absatzes, welche offenbar darauf abzielt, alle höchstpersönlichen Forderungen sicher zu treffen, bleiben im Einzelnen doch mannigfache Zweifel in Betreff der Uebertragbarkeit gewisser Forderungen bestehen. Ganz natürlich, denn es ist sehr häufig aus der Natur des Vertrages allein schwer zu entscheiden, ob die Berechtigung mit einer bestimmten Person untrennbar verknüpft sein soll. Man vergleiche nun die verschiedenartige Auffassung des gemeinen und des preußischen Rechts in Betreff der Untermiethe. Jenes hält das gegen Entgelt eingeräumte Recht auf den Gebrauch einer Sache für ein keineswegs an die Person geknüpftes Recht, das preußische Allgemeine Landrecht steht auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Es ist im vollsten Maße anzuerkennen, daß die Verfasser des Entwurfs bei Behandlung der einzelnen Rechtsinstitute sich stets die Frage nach der Uebertragbarkeit gegenwärtig hielten und entstehende Zweifel durch Spezialbestimmungen beseitigten. Es genügt auf § 486, welcher das Vorkaufsrecht für nicht übertragbar erklärt, die Motive zu § 476, 477 Bd. II S. 341, wonach die Uebertragbarkeit des Wiederkaufsrecht durch den Entwurf nicht ausgeschlossen werden soll, § 516 in Betreff der Miethe, § 552 in Betreff der Leihe, § 644 in

Betreff der Forderungen aus dem Gesellschaftsvertrage zu verweisen. Die Frage nach der Uebertragbarkeit des Nießbrauchs ist besonders geordnet (§ 1011 fg.). Ebenso ist eine besondere Vorschrift für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten getroffen (§ 1047). Bei der Verschiedenartigkeit der Dienstverträge war die Aufstellung einer Spezialvorschrift unmöglich. Hier gerade wird vorzugsweise ein Zurückgehen auf die Regel des § 295 Absatz 1 sich als nothwendig erweisen, da im einzelnen Falle zu entscheiden ist, ob die Leistung des Uebernehmers an die Person des Bestellers geknüpft ist oder nicht. Ebenso bei der Werkverdingung. Daß der Anspruch aus dem pactum de mutuo dando nicht cessibel, kann aus § 458 zuverlässig hergeleitet werden. Für Alimentenforderungen bedurfte es einer besonderen gesetzlichen Vorschrift nicht. Je nach ihrer Natur greift die Regel des Absatz 1 Platz oder nicht (Entsch. des Reichsgerichts Bd. 4 S. 144). Es würde zu weit führen, wollte man die Sache noch weiter in's Einzelne verfolgen; doch darf nicht unbemerkt bleiben, daß die Frage der Uebertragbarkeit und der Pfändbarkeit des Pflichttheilsanspruchs durch § 1992 eine höchst sachgemäße Regelung erfahren hat. Nur eine Kleinigkeit ist dort offenbar übersehen. Nach der Fassung des § 1992 ist der Pflichttheilsanspruch unbedingt pfändbar, nicht bloß wenn er einmal übertragen ist und der Berechtigte ihm seinen persönlichen Charakter abgestreift hat, sondern auch, wenn er bloß vom Pflichttheilsberechtigten vererbt ist. Es müßte aber den Erben des Pflichttheilsberechtigten aus denselben Gründen wie ihm selbst gestattet bleiben, sich der Geltendmachung der Anspruchs zu enthalten. Wir würden im Absatz 2 Satz 2 des § 1992 hinter Pflichttheilsberechtigten die beiden ersten Male einschalten „oder dessen Erben" und hinter das Vermögen des Pflichttheilsberechtigten „oder dessen Nachlaß".

Den im Absatz 2 des § 295 aufgestellten Grundsatz, daß durch Rechtsgeschäft nicht die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte soll ausgeschlossen werden können, muß man nach den in den Motiven entwickelten Gründen billigen. Eine Ausnahme von der Regel bietet der § 516 (vergl. § 533). Das Recht aus Miethe und Pacht (abgesehen von Theilpacht) ist zwar im Allgemeinen übertragbar, doch soll durch Vertrag die Uebertragbarkeit ausgeschlossen werden können. Bedenken gegen die Zulassung der Ausnahme haben wir nicht. Dagegen möchte sich vielleicht mit Rücksicht auf § 796, der einen entsprechenden Satz für das Sachenrecht bringt und § 107

Absatz 2 der Zusatz zu Absatz 2 des § 295 empfehlen, „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt".

Es genügt der Hinweis darauf, daß auch Forderungen der Lehns- und Fideikommißeigenschaft theilhaftig werden können und daß zwar die Beschränkung des Inhabers der Forderung in solchen Fällen durch das Gesetz normirt wird, daß aber die Beschränkung selbst vom Gesetze an das Vorhandensein eines gewissen auf Rechtsgeschäft beruhenden Rechtsverhältnisses geknüpft wird. (Vergl. Motive zu § 837 III S. 218, 219). Jedenfalls ist die Klausel hier ebenso gerechtfertigt wie in § 796 oder an beiden Stellen entbehrlich.

Bei der Deutlichkeit, mit der das den Entwurf beherrschende Prinzip zu Tage tritt, erweist sich eine Bestimmung nach der Richtung, daß auch die partielle Uebertragung der im Forderungsrechte liegenden Befugnisse durch Bestellung von Nießbrauch und Pfand an der Forderung durch Vertrag mit der Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden könne, als unnöthig.

Die Tragweite des Absatz 2 ist selbstverständlich nicht gering zu schätzen. Keine Forderung, die es nicht nach der Natur der Sache (Absatz 1) oder kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift ist, läßt sich mit Rechtswirkung gegen Dritte zu einer höchstpersönlichen stempeln; z. B. kann das Wiederkaufsrecht fortan, da es prinzipiell übertragbar ist, nicht mit Wirkung gegen Dritte an die Person gebunden werden. Es befremdet dies namentlich da, wo es sich um Ausschluß der Uebertragung von Rechten aus wechselseitigen Verträgen mit gleichwerthiger Gegenleistung handelt. Hier ist die Gefahr, welcher der Absatz 2 vorbeugen soll, kaum vorhanden.

Es hätte vielleicht genügt, die Pfändbarkeit beziehungsweise Uebertragbarkeit im Wege der Zwangsvollstreckung festzusetzen, wo die Uebertragbarkeit durch besonderen Vertrag ausgeschlossen wurde, ein Ausweg, den die Motive ohne nähere Begründung einfach von der Hand weisen, aber eine positive Amendirung des Entwurfs nach dieser Richtung zu fordern, scheint uns der Anlaß nicht dringend genug.

Zu § 296.

Gegen das Prinzip des § 296, welcher die nach der Prozeßordnung unpfändbaren Forderungen für nicht übertragbar erklärt und umgekehrt auch die vom Gesetz für unübertragbar erklärten Forderungen der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung entzieht, wird man kaum etwas zu erinnern finden. Vielleicht empfiehlt sich

jedoch eine Verallgemeinerung der Fassung in einem dermaßen grundlegenden Gesetzbuche, wie es das bürgerliche Gesetzbuch ist, etwa in der Weise:

„Sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, kann eine Forderung, die oder insoweit sie der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung unterworfen ist, auch nicht übertragen werden.

Ebenso ist eine Forderung, welche nicht übertragen werden kann, der Pfändung nicht unterworfen, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt."

Durch diese Verallgemeinerung würde für die Gestaltung künftiger Spezialgesetze ein bequemes Grundgesetz erzielt, so daß es neben dem grundsätzlichen Ausspruche der Nichtübertragbarkeit oder Unpfändbarkeit gewisser Forderungen im Einzelnen bloß der Angabe etwaiger Abweichungen bedarf (vergl. § 56 Gesetz, betreffend die Krankenversicherung vom 15./6. 1883 und § 68 Unfallversicherungsgesetz vom 6./7. 1884).

Entsprechend wäre alsdann, wenn die vorgeschlagene redaktionelle Aenderung als Verbesserung gelten darf, § 288 dahin zu fassen:

„Die Aufrechnung findet gegen Forderungen nicht statt, insoweit sie der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind."

In § 724 Absatz 3 könnte der Satz „und eine Aufrechnung gegen ihn nicht statthaft" entbehrt werden, § 728 bedürfte keines Zusatzes wegen Ausschließung der Aufrechnung. In § 1339 Absatz 3 könnte wegfallen „und eine Aufrechnung gegen ihn ist nicht statthaft", in § 1458 Absatz 2 desgleichen.

Mit Recht hat der Entwurf die alten gemeinrechtlichen Beschränkungen der Cessibilität aus Rücksicht auf die Persönlichkeit des Cessionars, z. B. das Verbot der cessio ad potentiorum, an den Vormund u. s. w., im Anschluß an die modernen Codifikationen aufgegeben. Damit fällt dann auch das preußisch-rechtliche Verbot der Cession bestrittener Rechte an Richter und Anwälte, die an dem Gerichte fungiren, vor dessen Forum der Prozeß gehört, hinweg (vergl. § 385 flg., I 11 Allg. Landrechts). Die Disziplinargewalt und das prozessualische Ablehnungsrecht genügen zur Fernhaltung etwaiger Mißbräuche.

Zu § 297.

Mit den Verfassern des Entwurfes wird man anerkennen müssen,

daß es in der That Bedürfniß ist, durch ausdrückliche Vorschrift die Frage zu regeln, ob bei Abtretung einer Forderung das ihr für den Fall eines Konkurses über das Vermögen des Schuldners zugesicherte Vorzugsrecht auf den Erwerber mit übergeht, wenn der Erwerb vor Ausbruch des Konkurses erfolgt (vergl. Bd. 3 S. 41 der Entscheidungen des Reichsgerichts). Indem das bürgerliche Gesetzbuch das fragliche Vorzugsrecht auf den Erwerber mitübergehen läßt, stellt es sich in dem Streite der Meinungen, welcher durch die Wissenschaft noch nicht abgeschlossen ist, auf den Standpunkt, daß der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung im Falle des Konkurses ein von vornherein der Forderung anklebendes, nur bei einer gewissen Gelegenheit zur Erscheinung gelangendes Recht, keine bloße Erwartung ist. Eine bloße Erwartung, die ihren Grund in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers hat, könnte sich allerdings in der Person seines Cessionars, dem diese Eigenschaft abgeht, nicht realisiren (vergl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II § 332 bei Note 10). Dieselben Gesichtspunkte, welche dazu führten, im Konkurse bestimmten Forderungen Vorzugsrechte überhaupt beizulegen, mußten auch dazu führen, zum Erwerbe solcher Forderungen durch eine dem Erwerber zu gebende Zusicherung des Fortbestandes jenes Vorzugsrechts nach dem Erwerbe anzuregen.

Nun kommen aber dergleichen Vorzugsrechte nicht blos im Konkurse, sondern auch im Zwangsversteigerungs-Verfahren (vergl. § 24 flg. preuß. Gesetz vom 13. Juli 1883) und bei Bezahlung von Nachlaßschulden durch den Vorbehaltserben bei Unzulänglichkeit der Nachlaßmasse (vergl. § 2133) in Betracht. Daß im letzteren Falle das Vorrecht des Erwerbers ebenso sich geltend macht, wie beim Konkurse, ist nach § 297 und 2133 selbstverständlich. Man kann aber im Hinblick auf den unverkennbar dem § 297 zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken auch darüber nicht zweifelhaft sein, daß der Erwerber einer im Zwangsversteigerungs-Verfahren bevorrechtigten Forderung das Vorrecht bei der Zwangsversteigerung geltend zu machen befugt sein soll, gleichviel ob der Erwerb in die Zeit vor oder nach Einleitung der Zwangsversteigerung fällt. Will man dies jedoch durch das Gesetz selbst zum Ausdruck bringen, so wäre § 297 etwa so zu fassen:

„Mit Uebertragung der Forderung gehen die mit dieser zur Zeit der Uebertragung verbundenen Vorzugsrechte auf den neuen Gläubiger über, die im Falle eines Konkurses über

das Vermögen des Schuldners oder der Zwangsversteigerung eines Grundstückes zur Geltung kommenden auch alsdann, wenn der Konkurs noch nicht eröffnet und die Zwangsversteigerung noch nicht eingeleitet ist."

Der Entwurf enthält sich einer Entscheidung darüber, ob der neue Gläubiger auch die ihm aus seiner Person ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Forderung zustehenden Vorrechte in Ansehung der übertragenen Forderung geltend machen könne oder nicht. Aus dem Prinzipe der Sondernachfolge, zu dem sich der Entwurf bekennt, und aus dem Fehlen eines Satzes, wonach durch die Uebertragung der Forderung die Lage des Schuldners nicht verschlechtert werden dürfe, muß die Frage unbedingt bejaht werden. Geht die Forderung auf den neuen Gläubiger mit den ihr anhaftenden Vorzügen und Mängeln über, so ist sie doch fortan eine eigene Forderung des neuen Gläubigers und als solche gewiß nicht bloß hinsichtlich der Einreden zu behandeln (vergl. Windscheid a. a. O. Bd. II § 332 bei Note 12).

Es ist mit den Motiven anzuerkennen, daß die Frage keine sehr erhebliche praktische Tragweite hat. Sie kann indessen beispielsweise praktisch werden, wenn den Kindern oder Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners Forderungen an denselben abgetreten werden (vergl. § 54 Ziffer 5 der Konkursordnung; Entscheidungen des Preußischen Obertribunals Bd. 55 S. 268). Windscheid, der im Allgemeinen für das gemeine Recht den diesseitigen Standpunkt vertritt, will das Vorrecht aus der Person des Erwerbers cessiren lassen, wenn die Uebertragung in böswilliger Absicht zu dem Ende geschehen ist, um die Stelle des Schuldners zu erschweren (a. a. O. bei Note 13). Diese Auffassung ist willkürlich. So lassen sich unbequeme Konsequenzen eines Rechtssatzes nicht einfach abweisen (vergl. Motive II S. 130 unten zu einer ähnlichen Rechtsfrage). Es könnte die unbequeme Konsequenz bloß den Gedanken nahe legen, bei Revision der Konkursordnung eine den §§ 42, 48 Ziffer 3, 49 derselben entsprechende Bestimmung zu treffen. Es ist ein Unterschied, ob eine Forderung etwa 10 Jahre vor Ausbruch des Konkurses den Kindern des Gemeinschuldners abgetreten wurde, oder ob dies geschah, als der Gläubiger, etwa der Großvater der Kinder, Kenntniß von der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners hatte. Es dürfte überhaupt in Erwägung zu nehmen sein, ob der gesetzgeberische Gedanke, auf dem die §§ 42, 48 Ziffer 3 und 49 der Konkursordnung beruhen, nicht des weiteren Ausbaues bedürfe. Es

handelt sich überall um Geltendmachung des Konkursanspruches der Gesammtgläubigerschaft gegenüber fraudulosen Rechtshandlungen, bei denen der Gemeinschuldner nicht particeps fraudis ist und bei denen deshalb die allgemeinen Paulianischen Anfechtungsgrundsätze nicht durchschlagen. Der wichtigste hierher gehörige Fall, der unseres Erachtens der gesetzgeberischen Inangriffnahme dringend bedarf: ist folgender: Wie die tägliche Erfahrung lehrt, drängen sich im letzten Momente vor Ausbruch eines Konkurses einfache Konkursgläubiger an einen durch Kautionshypothek gedeckten Gläubiger (z. B. das Bankhaus, mit dem der Gemeinschuldner arbeitet) und treten diesem, unter Uebernahme der Gewähr für einen etwaigen Ausfall, ihre Forderungen ab, vorausgesetzt, daß die Kaution noch nicht völlig erschöpft ist. Ergiebt die Kautionshypothek volle Deckung, so erhalten die betreffenden Gläubiger gleichfalls volle Befriedigung, höchstens unter Abzug einer anständigen Provision, während andere Gläubiger sich mit der kärglichen Dividende begnügen müssen. Nach Lage der Gesetzgebung kann jenem dem Konkurszwecke gefährlichen Gebahren wirksam nicht entgegengetreten werden.

Was die Nebenrechte der übertragenen Forderung anbetrifft, so enthält sich der Entwurf mit Recht einer besonderen Vorschrift wegen der Behandlung fälliger Zinsen und Konventionalstrafen. Man wird mit dem Satz 2 des § 397 ebenso gut auskommen, wie mit dem § 402 I, 11 des Preußischen Allgemeinen Landrechts, der die Regelung gleichfalls der Auslegung der Verträge beziehungsweise der Wissenschaft überließ.

Es würde zu weit führen, wollten wir hier näher auf die Vorschriften in Betreff der Uebertragung einer durch Hypothek gesicherten Forderung eingehen. Der Entwurf läßt der persönlichen Klage gegenüber Einreden zu, welche der Hypothekenklage gegenüber unzulässig sind (§ 1089 und Motive dazu unter 2). Man hat unseres Erachtens mit Recht den gewaltigen Bruch mit dem ganzen Obligationenrechte gescheut, der darin gelegen hätte, wenn man das Einrederecht für die dingliche und persönliche Klage dem Cessionar gegenüber gleichmäßig beschränkt hätte. Alsdann hätte man sich auch lieber dazu entschließen sollen, die Hypothek zur Hauptsache, die persönliche Forderung zu einer Art accessorischen Ausfallsanspruchs gegen den Schuldner zu machen (vergl. das Recht von Hamburg und Lübeck Motive III S. 604).

Zu § 298 bis 300.

Daß im Allgemeinen die Haftung des Cedenten für die Güte der Forderung vom Entwurfe nicht beliebt worden ist, entspricht durchaus den Anforderungen des Verkehrs. Ist sie, wie im Preußischen Landrecht normal von ungesäumter Beitreibung der Forderung durch den Cessionar abhängig, so wird sie so wie so praktisch in der Mehrzahl der Fälle defiziren. Keineswegs rechtfertigt die Rücksicht auf die Haftpflicht des Veräußerers einer Sache für Mängel derselben die Annahme einer gleichartigen Haftung des Veräußerers einer Forderung für die Beibringlichkeit derselben. Da in der Regel der alte Gläubiger ebensowenig wie der neue dem Schuldner in die Tasche zu sehen im Stande ist, so ist der Uebergang des Risiko ganzen oder theilweisen Verlustes der Forderung wegen mangelhafter Zahlungsfähigkeit des Schuldners auf den Erwerber das Natürliche, wenn nicht dolus des Veräußerers in Betracht fällt oder die Sache vertragsmäßig anders geregelt wird. Die zunächst wenigstens nur für den Sklaven- und Viehhandel berechneten Vorschriften des ädilicischen Edikts gingen von der für jenen Handel zweifellos zutreffenden Unterstellung aus, daß regelmäßig der Verkäufer in Folge längeren Gebrauchs die Fehler des verkauften Sklaven oder Thieres kennen werde und trugen dem Bedürfniß Rechnung, dem Käufer die schwierige Beweislast, der Verkäufer habe positive Kenntniß von dem Fehler gehabt, mit anderen Worten des auf diesem Gebiete wie auf keinem anderen eingebürgerten Betruges, abzunehmen (vergl. l. 1 § 2 Dig. 21, 1). Diese Gesichtspunkte treffen aber keineswegs in gleicher Weise bei der Uebertragung von Forderungen zu.

Wir vermissen im Entwurfe schmerzlich eine Bestimmung, wie es mit der Gewährleistung im Falle der Ueberweisung einer Forderung an Zahlungsstatt im Zwangsvollstreckungswege gehalten werden soll. Die Motive vertrösten auf die Revision der Prozeßordnung. Die Vorschrift gehört aber dem materiellen Rechte an, und die an §§ 736—740 der Prozeßordnung sich knüpfenden Zweifel müßten gerade durch das bürgerliche Gesetzbuch gelöst werden. Man sollte sich durch ähnliche Erwägungen wie bei Absatz 3 des § 294 billig leiten lassen. Es empfiehlt sich fast von selbst die Anwendung der Grundsätze des § 298. Der richterliche Wille ersetzt bei der Ueberweisung den Willen des bisherigen Gläubigers. Die Sache liegt also ganz analog wie bei vertragsmäßiger Hingabe an Zahlungsstatt.

Man könnte einwenden, daß der neue Gläubiger zumeist bei der

Zwangsvollstreckung nicht in eine ebenso sorgfältige Prüfung der Sicherheit der zu erwerbenden Forderung eintreten könne als beim vertragsmäßigen Erwerb und deshalb die Haftung des bisherigen Gläubigers für die Sicherheit als erwünscht bezeichnen. Da indessen die Möglichkeit der Ueberweisung zur Einziehung neben der der Ueberweisung an Zahlungsstatt besteht, so hat es der Gläubiger in der Hand, ob er bei Ausübung seines Rechts in der Vollstreckungs-Instanz die Forderung als gut hinnehmen will oder nicht. Läßt er sich eine unsichere Forderung an Zahlungsstatt, statt zur bloßen Einziehung überweisen, so hat er den etwaigen Ausfall sich selbst zuzuschreiben. Auch kann darauf hingewiesen werden, daß, wenn man den bisherigen Gläubiger zwingt, eine Forderung abzutreten, man ohne Noth seine Lage nicht schlechter zu gestalten hat, als bei freiwilliger Abtretung (vergl. Entscheidungen des Preußischen Obertribunals Bd. 17 S. 168 und Striethorst, Archiv Bd. 85 S. 181). Wir würden also in einem Absatz 2 des § 298 sagen:

„Bei der Uebertragung einer Forderung an Zahlungsstatt auf gerichtliche Anordnung haftet der bisherige Gläubiger dem neuen Gläubiger in gleicher Weise" (sc. wie im Falle des Absatz 1).

Die Haftung des Cedenten für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners soll sich nach § 299, wenn sie überhaupt Platz greift, nur auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Uebertragung erstrecken. Ist die Haftung die Ausnahme von der Regel, so ist es auch angezeigt, dem Cessionar die Beweislast der mangelnden Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Uebertragung aufzubürden. Wenn der Nachweis, daß der cessus frustra excussus sei, schlechthin genügte, so würde es eine sehr große Härte sein, den Cedenten haftbar zu machen, nachdem der Cessionar Jahr und Tag verstreichen ließ, ehe er die Schuld einklagte und den cessus exekutirte; aber auch die Bürde der Beweisführung, daß der Zustand der Zahlungsunfähigkeit zur Zeit der Uebertragung noch nicht bestand, kann man, ohne hart zu sein, ihm nicht aufpacken. Der Entwurf trifft auch hier die richtige Entscheidung.

Indem der Entwurf in § 300 hinsichtlich der Haftung des Cedenten die cessio legis und die cessio necessaria auf eine Stufe stellt, bringt er einen Rechtssatz zum Ausdruck, den wir mit dieser Klarheit in keiner früheren Gesetzgebung entwickelt gefunden haben. Bei näherer Betrachtung muß sich Jedermann von der Richtigkeit

und Zweckmäßigkeit der Vorschrift überzeugen. Man vergleiche nur die falsche Lehre bei Windscheid § 336 Note 3 unter Ziffer 2 und prüfe einen hierher gehörigen Fall. Z. B. der Beauftragte tritt dem Auftraggeber (gemäß § 592) eine bei Ausführung des Auftrags erworbene Forderung an einen Dritten ab. Ob er für den Bestand oder die Sicherheit der Forderung zu haften hat, muß sich naturgemäß nach der bei der Ausführung des Auftrags und Erwerb der Forderung aufgewendeten Sorgfalt richten. Er irrte in entschuldbarer Weise hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen, der sich für großjährig ausgab, hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit eines Großjährigen, u. s. w.

Eine besondere Vorschrift über die Verjährung des Gewährleistungsanspruches bringt der Entwurf nicht. Sie ist auch nicht nöthig. Der Anspruch auf Gewährleistung für den Bestand der Forderung unterliegt der ordentlichen Verjährung (vergl. Motive zu § 380). Das Gleiche gilt in Betreff des Anspruchs auf Gewährleistung für die Sicherheit der Forderung. Denn der § 397 ist ebenso, wie die §§ 386 flg. überhaupt, in denen von Gewährleistung für Mängel der veräußerten Sache die Rede ist, nicht für anwendbar erklärt.

Die Frage nach der Zulässigkeit der Anfechtung des entgeltlichen Veräußerungsvertrages über eine Forderung kann nicht mehr entstehen, da der Entwurf den Rücktritt vom Vertrage wegen laesio enormis überhaupt beseitigt hat (Motive II zu § 460).

Zu § 301.

Das Bedenken, was man in Betreff des Kostenpunktes etwa gegen § 301, der die Kosten der Abtretungsurkunde in Ermangelung anderweiter Abreden dem neuen Gläubiger auferlegt, namentlich für den Fall der Abtretung von hypothekarisch verbrieften Forderungen gegen Entgelt haben könnte, zerstreut der § 466 Absatz 2.

Zu § 302.

Wegen der Schwierigkeit der Formulirung einer Vorschrift über die Grenzen der Zulässigkeit von Einreden des Schuldners gegenüber dem neuen Gläubiger enthält sich der Entwurf einer bezüglichen Vorschrift überhaupt. Es bedarf deren auch nicht, bis auf die Einreden, welche sich auf das Verhältniß zum alten Gläubiger vor erlangter Kenntniß des Schuldners von der Uebertragung beziehen und bis auf die Kompensationseinrede, welche auch für die Zeit vor der Uebertragung, da die Aufrechnung nach dem Entwurfe nicht

ipso jure sich vollzieht, eine besondere Erwähnung erheischte (vergl. §§ 303 bis 305). Durch das Prinzip der Sondernachfolge ist von selbst die für die Zulässigkeit von Einreden maßgebende Norm gegeben und wollte man einen Satz aufstellen, der dies noch besonders zum Ausdruck brächte, so könnte es nur der sein:

„Mit der Uebertragung der Forderung geht diese mit den ihr anhaftenden Mängeln auf den neuen Gläubiger über."

Die Redaktoren glaubten jedoch einer besonderen Vorschrift nicht entrathen zu dürfen, wonach dem Schuldner höchst persönliche Einreden aus der Person des bisherigen Gläubigers zu entziehen seien und schrieben deshalb im § 302 vor:

„Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger Einreden nicht entgegensetzen, welche eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers haben."

Wir glauben nun, daß es solche Einreden überhaupt nicht giebt und daß, wenn es sie giebt, sie dem Schuldner konservirt werden müssen. Sucht man nach Beispielen für derartige Einreden, wie sie der Entwurf voraussetzt, so denkt man natürlich zunächst an die exceptiones personae cohaerentes des Römischen Rechts. Die grundlegende Stelle der Digesten (l. 7 Dig. 44,1) bezeichnet als exceptiones quae personae cujusque cohaerent, lediglich solche, welche mit der Person des Schuldners zusammenhängen. Diese sollen nicht auf Andere übergehen; z. B. soll die Einrede der Rechtswohlthat des Nothbedarfs, welche dem Socius gegenüber der actio pro socio zusteht, nicht dem Bürgen oder den Erben des Schuldners zu Statten kommen (vergl. l. 63 § 2 Dig. 17, 2, l. 23 bis 25, l. 41 Dig. 42, 1). Die Rechtswohlthat des Nothbedarfs wird dementsprechend anderwärts auch als personale beneficium des Schuldners bezeichnet (l. 63 § 1 Dig. 17, 2; l. 29 Dig. 42, 1).

Die Motive ziehen Windscheid an. Dieser bezeichnet als Einreden, die mit dem Wechsel der Personen in der Gläubigerrolle bei der Cession untergehen sollen, weil sie sich auf die bestimmte Gläubigerperson des alten Gläubigers bezögen, die Einrede der Rechtswohlthat des Nothbedarfs, wenn sie ihren Grund in der persönlichen Eigenschaft des Gläubigers hat und die Einrede aus einem persönlichen Erlaßvertrage. Was zunächst die Rechtswohlthat des Nothbedarfs anbetrifft, so kennt das bürgerliche Gesetzbuch dieselbe nicht (Motive zu § 228). Aber auch nach gemeinem Recht ist unbedenklich in allen Fällen, wo sie anerkannt wird, anzunehmen,

daß sie dem Schuldner gegen die Erben des ursprünglichen Gläubigers ebenso gut zusteht wie gegen jenen selbst, also auch gegen den Cessionar als Sondernachfolger (vergl. l. unica Cod. 5, 13 und l. 27 Dig. 24, 3; l. 41 pr. Dig. 42, 1 hängt mit den Besonderheiten der Delegation zusammen). Immer ist der Schutz der Person des Schuldners in Hinblick allerdings auf das persönliche Verhältniß zum Gläubiger, dem die Forderung entspringt, der leitende Gesichtspunkt, und kein Anspruch der Quellen berechtigt dazu, den einen Fall anders zu behandeln wie den anderen. Da für die Rechtswohlthat des Nothbedarfs vorzugsweise die Person des Schuldners ins Gewicht fällt, so wäre auch, wenn die Frage gesetzgeberisch zu regeln wäre, die Rechtswohlthat des Nothbedarfs unbedenklich dem Universal- wie dem Sondernachfolger des Gläubigers gegenüber zu gewähren. Mit dem Anspruch des Gläubigers erwächst dem Schuldner das Recht, sich auf die Rechtswohlthat berufen zu dürfen und er hat nicht bloß eine Erwartung, welche durch jeden Personenwechsel auf der Gläubigerseite vereitelt werden kann. Die Sache liegt ganz ähnlich, wie bei dem Uebergang der Konkursprivilegien auf den neuen Gläubiger vor ausgebrochenem Konkurse. Der Einwand des Vorbehalts des Nothbedarfs, der sich auf einen besonderen Vertrag stützt, ist beiläufig auch nach dem Entwurfe noch möglich.

Einen Erlaß- richtiger wohl Stundungsvertrag, der sich nur auf die Person eines bestimmten Gläubigers bezieht, kann man sich nicht recht vorstellen. Ist eine Forderung auf so lange gestundet, als der betreffende Gläubiger sie besitzt, so ist die Gültigkeit des Stundungsvertrages von vornherein insoweit zeitlich beschränkt, daß er bloß bis zur Abtretung oder bis zum Tode des Gläubigers zieht.

Wenn Windscheid die vorgedachten Einreden zulassen will, sobald die Cession nachweislich in der Absicht erfolgte, die Einreden zu elidiren, so handelt es sich dabei bloß um einen unglücklichen Versuch der Abwehr unbequemer Konsequenzen falscher Lehre (Motive II S. 130 unten).

Die exceptio doli, welche Andere hier in Betracht ziehen, will Windscheid nicht hierher gerechnet wissen. Sie wird auch in den Quellen ausdrücklich als rei cohaerens bezeichnet und nach dem Begriffe, den die Quellen damit verbinden, nicht bloß dem Schuldner sondern auch seinen Erben und Bürgen gegeben (l. 7 Dig. 44, 1). Sie greift dem Universal- also auch dem Singularsuccessor gegenüber Platz (l. 6 Dig. l. c.). Nur insofern kommt die Person dabei in Betracht, als der Kläger selbst oder sein antecessor den dolus be-

gangen haben muß, nicht der dolus eines Dritten zur Basis der exceptio doli gemacht werden darf, während bei der exceptio quod metus causa die Person desjenigen, der den metus verursachte, gleichgültig ist (l. 2 § 1, l. 4 § 27 bis 33 Dig. 44, 4). Gerade hier bei der exceptio doli könnte man aber versucht sein zu meinen, daß der dolus eine ausschließliche Beziehung auf die Person desjenigen habe, der ihn begangen hat, und den § 302 des Entwurfs hierauf zu beziehen geneigt sein. Es steht aber halt mit der höchstpersönlichen Einrede ebenso wie mit der höchstpersönlichen actio. Die höchstpersönliche Natur bezieht sich auf den Berechtigten, hier den Einredeberechtigten.

Wir würden deshalb den § 302 unbedenklich streichen oder durch die Eingangs erwähnte Klausel, wonach die Forderung mit ihren Mängeln übergeht, ersetzen. Zum Mindesten sei dem § 302 von vornherein ein Unschädlichkeits- beziehungsweise Nutzlosigkeits-Attest ausgestellt.

Zu §§ 303 bis 305

haben wir oben bereits unsere Zustimmung erklärt. Kenntniß von der Uebertragung hat nur der, welcher sicher davon weiß. § 272 und 308 bieten dem Schuldner ausreichenden Schutz, wenn er in Zweifel über die Person des Berechtigten geräth.

Zu § 306 und 307.

Diese Vorschriften, welche den Schutz des Schuldners bezwecken für den Fall, daß eine Uebertragung nicht stattgefunden hat oder ungültig ist, und der Schuldner sich auf die Anzeige von der Uebertragung alleinhin mit dem neuen Gläubiger eingelassen hat, hätten vielleicht entbehrt werden können. Man würde ohne dieselben wohl in der Rechtsprechung und Wissenschaft zu demselben Resultate gelangt sein, zumal was die Fälle des § 306 anbelangt.

Zu § 308, 309 und 310

finden wir nichts zu erinnern.

Zu § 311.

Der § 311 des Entwurfs schreibt vor:

„Haben Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten den übertragbaren Theil ihres Diensteinkommens oder ihrer Pension abgetreten, so muß die auszahlende Kasse von dem bisherigen Gläubiger durch eine ihr auszuhändigende öffentlich beglaubigte Urkunde von der Abtretung benachrichtigt werden."

Die Fassung des § 311 giebt zu Bedenken Veranlassung. Sie wäre unbedenklich, wenn die Wirkung der Uebertragung an sich an

die Denunziation geknüpft wäre und im konkreten Falle bloß eine verschärfte Form der Denunziation hätte vorgeschrieben werden sollen. Der Paragraph läßt aber so, wie er lautet, über die Folgen im Unklaren, wenn die Abtretung erfolgt ist und die Benachrichtigung mündlich oder durch eine nicht öffentlich beglaubigte Urkunde seitens des bisherigen Gläubigers oder durch Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Abtretung seitens des neuen Gläubigers geschieht. Offenbar soll jede auf andere Weise als die vorgeschriebene erlangte Kenntniß der Kasse als Nichtkenntniß gelten. Die Kasse zahlt also mit befreiender Wirkung bei einer nicht auf die vorgeschriebene Weise erlangten Kenntniß an den bisheriger Gläubiger. Es ist jedenfalls besser, diese Absicht des Gesetzgebers gelangt zum Ausdruck, indem man sagt:

„Haben Militärpersonen u. s. w. abgetreten, so wird angenommen, daß die auszahlende Kasse erst in dem Augenblicke Kenntniß von der Uebertragung erlangt hat, in welchem sie von dem bisherigem Gläubiger durch eine ihr auszuhändigende öffentlich beglaubigte Urkunde von der Abtretung benachrichtigt worden ist."

Sollte übrigens dem Interesse der öffentlichen Kasse nicht auch die Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Urkunde durch den neuen Gläubiger genügen?

Zu § 312 und 313

haben wir nichts zu bemerken.

Wir schließen hiermit unsere Betrachtung. Es könnte auffallen, daß wir zu den späteren Paragraphen der Cessionslehre kaum etwas von Belang zu bemerken fanden. Es genügt uns festzustellen, daß eine sorgfältige Prüfung zu Ausstellungen keine Veranlassung gab und daß wir andererseits nicht das Bedürfniß verspürten, das im Entwurfe und in den Motiven Gebotene zu verwässern. Wir dürfen das **Resultat** unserer Prüfung der Cessionslehre des Entwurfs dahin zusammenfassen: Der Entwurf ist durchweg annehmbar. Die erhobenen Anstände sind vorwiegend redaktioneller Natur und treffen nicht die großen Grundgedanken des Entwurfs. Wird der betreffende Theil des Entwurfs Gesetz, so dürfen wir uns damit wohl zufrieden geben. Wir freuen uns dieses Resultates um so mehr, als wir im Allgemeinen von der Vortrefflichkeit der der Deutschen Juristenwelt zur Beurtheilung vorliegenden Arbeit durchdrungen sind.

Die Vormundschaft des Entwurfs.

Von Rechtsanwalt **David** in Frankenthal.

Die Resignation, zu welcher die rheinischen Juristen bei den verschiedenen Anlässen zu der endlichen — übrigens mit freudigem Opfersinne begrüßten — Schöpfung eines gemeinsamen, deutschen nationalen Rechtes immer wieder von Neuem sich verurtheilt glauben, wird wohl nicht am wenigsten bei der Neugestaltung des Vormundschaftswesens sich in Anspruch genommen fühlen. Trotz der liebenswürdigsten nie versäumten Komplimente, trotz der rühmlich erwähnten warmen Vertheidigung aus den damit vertrauten Kreisen, trotz der in — allerdings als schätzbare Makulatur zurückgelegten — Gesetzentwürfen zu Tage getretenen Anerkennung sind die Grundelemente des rheinisch-französischen Rechtes theils dem idealen Streben, den rechtsgeschichtlichen Zusammenhang mit der bestehenden heimischen Ordnung der Dinge festzuhalten, theils dem praktischen Gebote, mit eingebürgerten Rechtsgepflogenheiten und befriedigenden Erfahrungen ausgedehnter Rechtsgebiete nicht zu brechen, aufgeopfert worden

Die Vormundschaftsordnung des Entwurfs stellt sich als sorgsam überarbeitetes Abbild der aus gewiß sehr gründlichen Vorbereitungsstudien hervorgegangenen preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 — mit mannigfachen, zum Theile freilich elementaren Abweichungen dar und ist nach den Andeutungen der mit einem unerschöpflichen Schatze von Wissenschaft und bewunderungswürdiger Kunst verfaßten Motive das Opfer des rheinisch-französischen Vormundschaftssystems auf dem Altare der vaterländischen Rechtsentwickelung unwiderruflich besiegelt. Betrachtungen, welche dem Schmerze, daß wir wieder einmal ausersehen sind, von

der schönen freundlichen Gewohnheit des Daseienden zu scheiden, gewidmet wären, könnten im besten Falle nur den Erfolg eines gutgemeinten — Nachrufes erringen. Ohne Beruf und Auftrag, solchen zu schreiben, will ich's lieber versuchen, die Familienangehörigen des rheinisch-französischen Rechtes so gut als möglich über den bevorstehenden — nach meiner Ueberzeugung unabwendbaren Verlust zu trösten.

Der Entwurf hat Recht und Pflicht der Sorge für Person, Vermögen und Vertretung der Schutzbedürftigen der elterlichen Gewalt, — der Vormundschaft über Minderjährige, der Vormundschaft über Volljährige und der Pflegschaft anvertraut.

Er hat in erster Linie, gedrängt, gewiß nicht von dem Zusammenhange mit der deutschen Rechtsgeschichte, die dem Rechte der Eltern ihren hausgenossenschaftlichen Kindern gegenüber die Fähigkeit, als Stoff für ein abgeschlossenes Rechtsgebilde zu dienen, abgesprochen hat, sondern offenbar von dem glücklichen Zuge moderner Geistesrichtung und Sittenverfeinerung, welche die Frau dem Manne, die Zucht der Mutter der des Vaters ebenbürtig hält, die väterliche Gewalt zur elterlichen Gewalt erhoben, — diese Gewalt, abgesehen von einzelnen Gründen ihrer Verwirkung, über den Tod des einen oder anderen Gatten hinaus bis zur Volljährigkeit des Kindes erstreckt, — die Vormundschaft damit wesentlich entlastet und vereinfacht und gewissermaßen, exceptis excipiendis, zum bloßen Nothbehelfe für die des Vaters und der Mutter beraubten Doppelwaisen gestaltet.

Wenn der Entwurf in der Vormundschaft die von dem code civil fester geknüpften Bande des Blutes lockert, — die Herrschaft der Familie, um mit Professor Pfaff zu reden, „der Tyrannis des Amtsrichters" unterordnet, — so feiert das Familienrecht in dem neuen schönen Rechtsgebilde der am unmittelbarsten aus der Natur hervorgegangenen, durch gemeinsame Pflicht der Ernährung, Erziehung und Beschützung gefestigten, von dem Tode des einen oder anderen Ehegatten — in der Regel — unberührten elterlichen Gewalt einen Triumpf, den wir feierlich begrüßen müssen und bei der etwaigen Trauer über Mißachtung des Familienrechtes im Systeme der Vormundschaft, zum Troste, nicht vergessen dürfen. Ist doch die Vormundschaft des Entwurfes, wie gesagt, in der Regel nur den selteneren Fällen des Verlustes beider Eltern vor erreichtem 21. Jahre ge-

widmet. Ich will nicht damit sagen, daß die Doppelwaisen weniger der Familiensorge bedürfen, — ich will damit nur betonen, daß die Vormundschaft im neuen Rechte seltener wird und was die Familienliebe betrifft, so kann dieselbe sich ohne gesetzlichen Zwang um so freier und unbefangener bethätigen.

Der vielbewunderte Bau des Code civil, an den Hand zu legen, die demselben unterwürfigen Länder, häufig unter Gefährdung wichtiger Interessen, bis in die neueste Zeit gefürchtet haben, ist in der Gliederung des Vormundschaftswesens nicht gerade besonders glücklich gewesen. Die mütterliche Gewalt ist dem nicht immer galanten französischen Rechte, das die Rechtsunfähigkeit und Botmäßigkeit der Frauen in mannigfacher Beziehung übertrieben hat, fremd. Die väterliche Gewalt verwandelt sich bei dem Tode der Mutter plötzlich in eine — sogenannte — gesetzliche Vormundschaft. Der Vater steigt von seiner unabhängigen Stellung eine Stufe herab und wird mit dem Joche der Generalhypothek beladen. Während man in den sogenannten pays coutumiers nur die durch den Richter bestellte Vormundschaft kannte, während das tribunal d'appel von Montpellier, bei der Umfrage nach der Beurtheilung des Entwurfes des Code civil die Zerlegung der Vormundschaft, deren Wesen im modernen Rechte doch überall dasselbe bleibe, tadelt, hat der Code civil das Vormundschaftssystem auf 4 Arten der Vormundschaft gegründet: die des Vaters und der Mutter, die von dem Vater oder der Mutter eingesetzte Vormundschaft, — die Vormundschaft der Großeltern und die durch den Familienrath eingesetzte Vormundschaft. Eigentlich sind es aber nur zwei Arten der Vormundschaft, die gesetzliche und die vom Familienrath eingesetzte. Und diese beiden Arten sind in ihrem Wesen nicht verschieden. Der Familienrath und der durch denselben ernannte Gegenvormund, jener als Obervormundschaftsbehörde, dieser als Wächter und Stellvertreter des Vormundes, sind obligatorische Correlate der Vormundschaft. Die durch den Richter eingesetzte Vormundschaft und der Gemeindewaisenrath sind dem Code civil unbekannte Dinge.

Der Entwurf hat neben der von ihm geschaffenen und ausgestalteten elterlichen Gewalt die Zwitterbildung der gesetzlichen Vormundschaft des Code civil als entbehrlich beseitigt. Mittelbar ist allerdings, um einerseits dem natürlichen Rechte zu huldigen und andererseits dem Systeme der bestellten Vormundschaft nichts zu vergeben, sowohl die gesetzliche Vormundschaft wenigstens der Groß-

väter (die schwachen Großmütter hat der Entwurf zur Führung einer Vormundschaft nicht für geeignet gehalten) als auch die von dem Vater oder der Mutter eingesetzte Vormundschaft insoferne beibehalten worden, als der Großvater väterlicher oder mütterlicher Seite sowie der von dem Vater oder der Mutter benannte Vormund nicht bei der Bestellung eines Vormundes übergangen werden sollen.

Im Uebrigen hat der Entwurf den alten heftigen Streit zwischen dem Familien- und dem Königsschutze der Hilfsbedürftigen zu Gunsten des Letzteren entschieden. Der Familienrath ist mediatisirt, — die Vormundschaft verstaatlicht.

Der Familienrath, „une sorte de tribunal privé“, hat bisher die Stelle der Obervormundschaft vertreten. Er ist keine ständige Behörde mit ständigen Mitgliedern, sondern, was man auf dem V. Juristentage sogar an ihm rühmte, nur „eine Obervormundschaftsbehörde ad hoc“, mit der ausschließlichen Befugniß, die Vormundschaft zu organisiren, Vormund und Gegenvormund zu ernennen und abzusetzen, in wichtigen Angelegenheiten Ermächtigungen zu ertheilen und zu verweigern, Gutachten abzugeben und Beschlüsse zu fassen. Seine Beschlüsse können gerichtlich angefochten und aufgehoben werden, aber ihm zu befehlen hat Niemand das Recht; er ist in seinem Wirkungskreise schlechthin souverain und in seine privilegirten Attribute, sein Monopol einzugreifen, hat kein obrigkeitliches Organ das Recht.

Nach dem Entwurfe hört der Familienrath auf, obligatorischer Bestandtheil des Vormundschaftssystems zu sein. Er wird sozusagen noch als Inventarstück oder als Reliquie nachgeführt. Da der Familienrath nur einzusetzen ist, wenn der Vater oder die Mutter es angeordnet haben oder auf Antrag eines Familienangehörigen und in solchem Falle nur, wenn es der Vormundschaftsrichter für angemessen erachtet, — da man die künftig mit persönlicher Verantwortlichkeit behaftete Stellung eines Familienrathsmitgliedes anzunehmen, nicht gezwungen werden kann, so wird er in nicht allzu ferner Zeit verschwunden sein. Eine gewisse Ironie dürften vielleicht superkluge Leute darin erkennen, daß der Entwurf, übrigens nach dem bösen Beispiele seines Vorbildes, der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875, dem Familienrath mit dem weiteren Hülfsorgane des Gemeindewaisenrathes erst im VII. und VIII. Kapitel des Titels: Vormundschaft der Minderjährigen, das ist nach Kapitel: „Beendigung der Vormundschaft“, zwei Ruheplätzchen angewiesen hat.

Das gemüthliche Familienregiment des Code civil hat der Entwurf durch ein strammes obrigkeitliches, wenn das Wort gestattet ist, büreaukratisches Regiment ersetzt.

An die Stelle des Familienrathes tritt der Vormundschaftsrichter mit ziemlich schrankenloser Machtvollkommenheit. Ohne seine Bestellung eines Vormundes giebt es keine Vormundschaft. Er bestellt und entläßt den Vormund, trifft bis zur Bestellung oder im Falle der Verhinderung des Vormundes die zum Schutze des Mündels passenden Anordnungen, läßt, wenn er es für angemessen findet, gegen den Willen des Vormundes den Mündel erziehen, sogar in einer Besserungsanstalt unterbringen, stellt, wann es ihm beliebt, den Vormund zur Rede, diktirt den Zeitpunkt der Rechnungsablage, verfügt deren Berichtigung und Ergänzung, ordnet nach Ermessen Sicherheitsleistung, Art und Umfang, Erhöhung, Minderung oder Aufhebung derselben an. Er ist nach den Worten des ehemaligen Justizministers Dr. Leonhardt Schutz- und Schirmherr der Vormundschaft. Eine gewaltige Machtvollkommenheit, die mit den nöthigenfalls beliebten Hülfsorganen das Höchste zum Schutze der Pflegebefohlenen zu leisten sucht, — aber allerdings sehr gefährlich erscheint in den Händen eines mit blindem Eifer behafteten, unerfahrenen oder überlasteten Beamten! Ich hätte darum gerne in dem Entwurfe schon die Beruhigung der Gemüther, welche der § 10 der preußischen Vormundschaftsordnung, wenn auch in ungenügender Weise, enthält, vorgefunden.

Hat der Entwurf Recht gehabt, mit dem Systeme des französischen Rechts aufzuräumen und darf man mich für verpflichtet erachten, — eine letzte Lanze dafür zu brechen?

Auf dem V. deutschen Juristentage war man noch Feuer und Flamme für die patriarchalische freie Selbstverwaltung der Familie, für den Familienschutz an der Stelle des obrigkeitlichen Schutzes durch den Vormundschaftsrichter. Dem Vormundschaftsrichter wurde die nöthige Kenntniß des Lebens, die Wärme des verwandtschaftlichen Blutes, das Interesse der Zusammengehörigkeit abgesprochen. Man stellte mit Energie die Forderung, den Schwerpunkt des Vormundschaftsrechtes in den Familienrath zu verlegen. Wie Professor Kohler noch in seinem neuesten Gutachten „jedes Hineinregieren in die Familie" für bedenklich hält, rief man die Warnung aus, wir möchten uns doch nicht selbst überall bevormunden lassen. Obschon man entgegenhielt, daß die Bevormundung nirgends mehr als in der

Vormundschaft am Platze, — daß die Vormundschaft kein Privatrecht sei, — sondern ihren Schwerpunkt im öffentlichen Rechte habe, — der Staat die Vormundschaft in höchster Potenz in sich trage, so wurde doch anerkannt und ich brauche nur den Namen Dr. Gneist zu nennen, um den unschätzbaren Werth dieser Aussprüche festzustellen, daß deshalb keineswegs der Staat durch seine beamteten Richter die Vormundschaft zu führen brauche, daß es im Gegentheil als ein Fortschritt des dem droit coutumier folgenden französischen Rechtes betrachtet werden müsse, daß der Staat — im Sinne der wahren Selbstverwaltung sich hier der Familie als öffentliches Organ bediene und den Familienrath als Organ der öffentlichen Pflicht des Staates auserwähle.

Damals wurde von der II. Abtheilung des Juristentages unter dem Vorsitze des Dr. Gneist einstimmig beschlossen, daß in jede Vormundschaftsverwaltung ein Familienrath d. h. ein Organ aus Familienmitgliedern, eventuell Fremden (!) einzuführen sei.

Auf dem XII. deutschen Juristentag hatte sich trotz der Wärme, womit man die Kindschaft des Familienrathes für die deutsche Rechtsgeschichte reklamirte, die Stimmung für denselben abgekühlt. Man entdeckte jetzt einen Widerspruch darin, daß die staatliche Pflicht des Schutzes der Hülfsbedürftigen anerkannt und doch das Aufsichtsrecht der Familie überlassen werden solle. Der Berichterstatter Dr. Hauser erklärte zwar die Organisation des Familienrathes zur gegenseitigen Berathung und unmittelbaren Besprechung zwischen den Familiengliedern und dem Vormundschaftsgerichte für unvermeidlich, verwarf jedoch mit der Abtheilung den obligatorischen Familienrath. Seinem Antrage gemäß wurde beschlossen, daß die Obervormundschaft durch Einzelrichter auszuüben, der Familienrath hingegen nur zur Entscheidung wichtiger Angelegenheiten auf Anordnung der Eltern, Verlangen der Angehörigen oder des Vormundes zu bilden sei.

Nach der vorangegangenen beredten Apostrophe des Berichterstatters hätte man zu Gunsten des Familienrathes mehr erwarten dürfen. „Wir lassen's uns," ließ er sich vernehmen, „in der Strafrechtspflege gefallen, daß Laien mitbeschließen, ja in den Schwurgerichten über die für Freiheit und Leben entscheidenden That- und Rechtsfragen ausschließlich urtheilen; warum soll man sich sträuben, daß Familienmitglieder da, wo es sich um eine Verwaltung auf dem Gebiete des Familienrechtes, um Familienangelegenheiten handelt, daß die Verwandten, welchen die Stimme der Natur, das Band des

Blutes, die Sorge für das Wohl der Mündel an das Herz gelegt, — daß so eng verbundene Personen, welche mit den individuellen Lebensverhältnissen des Mündels aus der nächsten Umgebung und eigenen Erfahrung am meisten vertraut sind, mit dem Vormundschaftsrichter unter dessen Vorsitz mitbeschließen bei Beaufsichtigung der Verwaltung des Vormundes?"

Was läßt sich Besseres zu Gunsten der Rettung des Familienrathes sagen? Er wurde nicht gerettet und der Beschluß des XII. deutschen Juristentages hat dem Entwurfe bei seiner Fassung als Muster gedient.

So verführerisch nun auch meinem Ohre die Schmeichelworte von der Selbstverwaltung der Familie, von der Wärme des verwandtschaftlichen Blutes, — von den erhaltenden Elementen des Volkslebens klingen, — so schwer der Jurist sich selbst von dem kranken Erbe des hergebrachten Rechtes trennt, — so mächtig meinem Gefühle der Unabhängigkeit die sogenannte bureaukratische Herrschaft widerstrebt und so böse Freunde blicken mögen, — ich weine dem französischen Familienrathe keine Thräne nach.

Darf ich's doch nicht verschweigen, daß von Alters her schon sich Stimmen gegen den französischen Familienrath erhoben und ihn in vielen Fällen als einen Konventikel von Auserwählten, die man gerade zur Erreichung eines bestimmten Gutachtens oder Beschlusses nöthig hat, bezeichnet haben. Bei der Umfrage nach den Urtheilen der Gerichte über den Entwurf des Code civil hat sich z. B. das tribunal d'appel von Lyon in diesem Sinne geäußert.

Daß der Familienrath des französischen Rechtes, ein Werk gesetzgeberischen Dilettantismus, mit wesentlichen Mängeln behaftet ist, — weder seinem Namen entspricht noch seinen Zweck erfüllt, — wer möchte das mit aller Liebe zu dem Erbe der Väter in Abrede stellen? Das Fehlen einer ständigen Obervormundschaftsbehörde hat Unzuträglichkeiten jeder Art im Gefolge. Die wechselnde Gesellschaft ad hoc mit einer so schwerfälligen Art der Berufung eignet sich nicht zur Beobachtung der Pflicht, Vormund und Mündel nicht aus den Augen zu lassen und sofort in jedem Augenblicke der Gefährdung einzuschreiten. „Bis Rom berathschlagt, geht Sagunt zu Grunde."

Die bei der Wanderlust und Freizügigkeit der Deutschen häufig überallhin zerstreuten Familienmitglieder können in so vielen Fällen nicht berufen werden oder dem Rufe nicht Folge leisten. Sogenannte Freunde, Schuster, Schneider, Handschuhmacher, nehmen an ihrer

Stelle Platz. Woher soll da die Wärme des Blutes und die Kenntniß der Verhältnisse kommen? Paulus wird hier umgekehrt zum Saulus.

Familienzwiste und Eifersucht besonders zwischen Verwandten väterlicher und mütterlicher Seite treiben oft die garstigsten Blüthen im Schooße des Familienrathes; hinwiederum können Koterien und Cliquen das Interesse des Mündels ihren persönlichen Interessen opfern, zu verfrühten Theilungen und Veräußerungen führen und den angeblichen Schutz des Mündels in dessen Schaden verwandeln. Das Bewußtsein privatrechtlicher Verantwortlichkeit wird durch die Bande des Blutes nicht ersetzt; die Stimmenmehrheit stumpft das Gefühl der moralischen Verantwortlichkeit ab.

Ob, nachdem der Familienrath als Obervormundschaftsbehörde beseitigt ist, sein Schatten, den der § 1678 als „Konzession an die Rheinländer" gerettet hat, den Unversöhnlichen noch irgend welche Befriedigung gewähren kann, das steht dahin. Den Vätern und Müttern, welche dem Familienrathe größeres Vertrauen als dem Vormundschaftsgerichte schenken, ist es übrigens — und das wird auch jene trösten können — unbenommen, einen Familienrath mit strengeren Rechten und Pflichten als den des französischen Rechtes einzusetzen. (§ 1712, 1715, 1719.)

Von den Ländern des französischen Rechtes, zu denen man wohl, da sein Landrecht der Code civil in allerdings zuweilen freier Uebersetzung ist, Baden rechnen darf, hat dieses zuerst den Familienrath beseitigt und seine Befugnisse den Amtsgerichten verliehen mit der Aenderung, daß die nächsten Familienangehörigen zu hören sind und wenn ihnen kein Gehör gegeben worden ist, der Staatsanwalt binnen 8 Tagen um seine Meinung und wenn er mit dem Beschlusse des Amtsgerichtes nicht einverstanden ist, das Landgericht von ihm um Entscheidung angegangen werden kann.

Auch den Gegenvormund, dieses unerläßliche Correlat und Organ jeder Vormundschaft des französischen Rechtes, dessen Wahl dem Familienrathe Schwierigkeiten bereiten kann, — den Kontroleur der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung, den Stellvertreter des Vormundes und curator perpetuus des Mündels im Falle widerstreitender Interessen zwischen beiden, hat der Entwurf im Einverständnisse mit dem XII. deutschen Juristentage für entbehrlich gehalten. Der Gegenvormund kann im Falle des Bedürfnisses, über welches der Vormundschaftsrichter entscheidet, nützliche Verwendung finden, —

er hört aber auf, obligatorischer Bestandtheil der Vormundschaft zu sein.

Im französischen Rechte war der Gegenvormund, wie die Motive des Entwurfes mit Recht bemerken, ein ungenügender Ersatz für den Mangel einer regelmäßigen Rechnungsstellung und Surrogat der unzulässigen Mehrheit von Vormündern.

Was die Rechnungstellung betrifft, so hielten die französischen Juristen nicht sehr viel darauf. Das Vertrauen zu den Banden des Blutes galt ihnen mehr als alles Andere. Selbst der Pariser Kassationshof warnte bei seinen Bemerkungen zu dem Entwurfe des Code civil vor zu häufigen Rechnungstellungen, diesen bekannten Quellen von Kosten und Prozessen, die das Vermögen des Mündels ruiniren könnten. Eine Mehrheit von Vormündern hielt der Kassationshof entgegen dem droit coutumier von Paris mit dem Wesen der Vormundschaft für unvereinbar. Das Dogma der Parlamentsbeschlüsse: ne sera qu' un tuteur au mineur, — die These des Tribunats: un mineur ne peut avoir qu' un tuteur, sprach der Kassationshof in den Worten aus: „d'essence de la tutelle est d'être donnée à une seule personne." Der Code civil hielt an diesen Anschauungen fest, konnte jedoch nicht umhin, dem Vormunde Hilfsverwalter (administrateurs particuliers) zu gestatten, — einen Beivormund (Protuteur) für die Verwaltung der in den Kolonien gelegenen Mündelgüter zuzulassen, einen Mitvormund (Cotuteur) in der Person des zweiten Gatten anzuordnen, — einen einstweiligen Vormund (tuteur provisoire) den Kindern, deren Vater verschwunden ist, zu geben, — einen Zweck- oder Gelegenheitsvormund (tuteur special et particulier, tuteur ad hoc) in Bedürfnißfällen gutzuheißen.

Der Entwurf erkennt es aber nicht als — ausnahmslose — Regel an, nur einen Verwaltungsvormund zu bestellen, sondern überläßt die Bestellung von Vormündern in erforderlicher Zahl sowie Begrenzung und Zuweisung ihres Wirkungskreises dem Ermessen des Vormundschaftsrichters und kommt dem Bedürfnisse vormundschaftlicher Obhut und Vertretung in besonderen Angelegenheiten des Mündels, bei welchen eine vormundschaftliche Verwaltung und Vertretung nöthig ist, aber aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen von dem Vormunde beziehungsweise dem Inhaber der väterlichen Gewalt nicht wahrgenommen werden kann, durch die Pflegschaft zu Hilfe. Nicht zufrieden damit, gedenkt der Entwurf in Uebereinstimmung mit einem Wunsche des XII. deutschen Juristentages und

mit der preußischen Vormundschaftsordnung, den Gemeindewaisenrath als Hilfsorgan einzusetzen mit der übrigens von jeder privatrechtlichen Verantwortlichkeit freien — amtlichen Pflicht, in Ansehung der Vermögensverwaltung eines Vormundes besonders aber der Erziehung und Pflege eines Mündels bekannt gewordene Mißstände dem Vormundschaftsrichter anzuzeigen.

Auch der Abschied des obligatorischen Gegenvormundes kann mich nicht allzusehr betrüben, und er selbst wird leichter zu trösten sein als wir. Mit der Schöpfung des Gegenvormundes hat der Code civil die Gegnerschaft der väterlichen und mütterlichen Familie noch in höherem Grade wie bei der Schöpfung des Familienrathes förmlich herausgefordert. Um der Versuchung des Vormundes und des Gegenvormundes, seines Wächters, gegen den Mündel sich zu verständigen, möglichst vorzubeugen, hat der Code civil „wo nicht vollbürtige Brüder vorhanden sind", — merkwürdige Ausnahme! — die Wahl des Gegenvormundes aus derjenigen von beiden Linien verordnet, wozu der Vormund nicht gehört. Vernachlässigt der Gegenvormund seinen unangenehmen Wächterdienst, so ruft er den Verdacht hervor, unter einer Decke mit dem Vormunde zu stecken, — ist er aber seinem Amte getreu, bestrebt, mit wachsamem Auge die Verwaltung des Vormundes zu beobachten, für die Inscription der gesetzlichen Hypothek des Mündels zu sorgen, — zur Errichtung der Inventur anzuhalten, den Familienrath behufs Absetzung des Vormundes berufen zu lassen u. s. w., so wird die Brandfackel in den Schooß der Familie geworfen, deren Zusammenhalt angeblich das Vormundschaftssystem des Code civil bezweckt.

Niemand hält die Familie höher als ich. Die schönen Worte des Discours préliminaire von Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu und Malville zum Code civil: c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande, klingen in meinem Herzen wieder. Aber der Familienrath sowie der Gegenvormund des französischen Rechtes sind meines Erachtens nicht der ächte Kitt, um die Familie zusammenzuhalten.

Dem Schutze des Mündels, — selbstverständlich der elementarste Zweck des Vormundschaftswesens, haben dieselben meines Erachtens nicht genügt. Lassen wir ihnen die von dem Entwurfe vorgesehene — nützliche Verwendung an geeigneter Stelle, bestehen wir aber nicht auf dem ohnehin hoffnungslosen Verlangen, die künftige deutsche Vormundschaftsordnung, der es an obligatorischen und nicht obligatorischen

verantwortlichen Organen zur Erreichung des Zweckes keineswegs gebricht, auf den Familienrath und Gegenvormund gegründet zu sehen.

Das größte Gebrechen des von dem Code civil geschaffenen Vormundschaftssystems besteht in seiner Art, das Mündelvermögen sicherzustellen. Ein gesetzliches Unterpfandsrecht, das, wenn der Familienrath nicht in dem Ernennungsbeschlusse eine Beschränkung auf bestimmte Liegenschaften vorgenommen hat, alle Liegenschaften des Vormundes bestrickt und einige Formen zum Schutze gegen unbedachte Veräußerungen der Liegenschaften des Mündels selbst, das ist so ziemlich Alles, was der Code civil für die Sicherheit des Mündelvermögens vorgesehen hat. Schützende Formen gegen Verschleuderung seines beweglichen Vermögens durch ungetreue Vormünder, gegen Veräußerung von Werthpapieren zur Unzeit und zum Schaden des Mündels, Bestimmungen über Anlage seiner Kapitalien kennt der Code civil nicht. So manches Mündelvermögen ist diesem Mangel zum Opfer gefallen. Man hatte den Muth nicht, „an dem schönen Bau des Code civil" zu rütteln oder zu flicken. Alles, was in Frankreich selbst über 70 Jahre seit Verkündung desselben geschah, bestand in dem Gesetze vom 24. Mai 1806 und in dem Dekrete vom 25. September 1813. In jenem wurde der Vormund bei Veräußerung von Rententiteln des Staates über 50 Franken der Genehmigung des Familienrathes unterworfen, in diesem wurde das Gesetz von 1806 auf Aktien der Bank von Frankreich erstreckt. Der traurigsten Erfahrungen ungeachtet vermochte die Gesetzgebung sich nicht zu weiteren Schritten aufzuraffen. Mit der riesenhaften Entwickelung der Aktienunternehmungen, mit der Neigung, den Besitz des liegenschaftlichen Vermögens gegen Werthpapiere zu vertauschen, mit dem abenteuerlichen Hange zu Börsenspekulationen wuchsen die Gefahren für das bewegliche Mündelvermögen in den Händen ungetreuer oder willensschwacher Vormünder. Zufolge des am 17. Dezember 1879 im Senate erstatteten Berichtes von Denormandie kamen einzelne Vormünder, von ihrer unbeschränkten Freiheit selbst erschreckt, hin und wieder auf die Idee, die Gerichte um Genehmigung beabsichtigter Veräußerungen von Werthpapieren des Mündels anzugehen. Diese ließen sich aber auf solche Versuche der Vormünder, ihre Verantwortlichkeit von sich abzuwälzen, nicht ein. Mit dieser Verantwortlichkeit selbst war jedoch nicht viel auszurichten. Ihre Wirksamkeit setzte kostspielige Prozesse mit zweifelhaftem Erfolge voraus, hing von dem Vermögen des

Vormundes und der Möglichkeit eines Zugriffes ab. Selbst auf den Namen lautende Werthpapiere waren nicht geschützt. Um ungehindert veräußern zu können, ließ man dieselben vorher in Papiere auf den Inhaber verwandeln. Die Gerichte konnten nicht helfen. Endlich wurde die Sache der Gesetzgebung doch zu bedenklich und kam es zu dem Gesetze vom 27. Februar 1880, das die Veräußerung von Renten, Aktien, Werthpapieren und überhaupt unkörperlichen Rechten des Mündels ohne Familienrathsermächtigung verbietet, — bei Veräußerungen über 1 500 Franken die Genehmigung des Tribunals nach Anhörung des Staatsanwalts verlangt, Veräußerungen von Börsenpapieren nur durch Börsenagenten und zum Mittelkurse gestattet und soweit zur Veräußerung nicht ermächtigt worden war, die Umwandlung der Inhaberpapiere in Namenpapiere binnen 3 Monaten von Eröffnung der Vormundschaft an gebietet.

Sechs Jahre später fühlten sich die Gesetzgeber von Elsaß-Lothringen auch gedrungen, dem freien Verfügungsrechte des Vormundes Schranken zu setzen. In dem Gesetze vom 16. Juni 1886, die Vormundschaften betreffend, wurde die Verpflichtung des Vormundes (außer Vater und Mutter) ausgesprochen, überflüssige Gelder in Schuldverschreibungen, Renten des Landes, des Reiches, der Bundesstaaten 2c. — in einer Sparkasse oder bei der Depositenverwaltung anzulegen, — jedes Jahr dem Amtsrichter ein Verzeichniß des Mündelvermögens vorzulegen, — bei der Zurücknahme von hinterlegten Werthpapieren, bei Veräußerung, Verpfändung oder Umwandlung von Werthpapieren auf Namen in Inhaberpapiere die Genehmigung des Familienrathes einzuholen 2c.

Im laufenden Jahre gelang es auch der bayerischen Regierung nach erneuten vergeblichen Anstrengungen, in die schwachen Seiten des Code civil, durch das Gesetz, die Abänderung von Bestimmungen des in der Pfalz geltenden Hypotheken- und Vormundschaftsgesetzes betreffend, vom 26. April 1888, Bresche zu legen.

Der bei Berathung dieses Gesetzes in der Kammer der Abgeordneten laut gewordene Schmerzensruf eines Pfälzers: „wir machen den ersten Schaufelstich zum Begräbniß des französischen Rechtes in der Pfalz", klang etwas tragikomisch am Vorabende der Umgestaltung des gesammten bürgerlichen Rechtes durch das deutsche Reich. Nichts vermochte jedoch besser als gerade die Wahl dieses Zeitpunkts den Nothstand des französischen Hypotheken- und Vormundschaftswesen in der Pfalz zu signalisiren. Das Gesetz enthält

unter anderen dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich nachgebildete Bestimmungen über Anlage von überschüssigen Geldern, Sicherung der Werthpapiere und Kapitalausstände des Mündels, Pflicht und Art der Rechnungsstellung des Vormundes, über Sicherheitsleistung u. s. w.

Besonders bemerkenswerth ist mir an der Novelle zum Code civil einerseits die Beibehaltung der gesetzlichen Generalhypotheke des Mündels und anderseits die Investitur des Amtsrichters, der mannigfach an der Stelle des Familienrathes und Gegenvormundes herangezogen wird. An einer Vorbereitung der Gemüther auf den Amtsrichter als Nachfolger des Familienrathes fehlt es demnach nicht. Was aber die gesetzliche Generalhypotheke des Mündels betrifft, so werden dieselben wohl mit dem meinigen die Verheißung des Entwurfes als eine glückliche begrüßen, daß die Vormundschaft künftig damit nicht mehr belastet werden soll.

Ne quid nimis! Das Schutzsystem des Entwurfes bedarf dergleichen überwundener Hilfs- und Abschreckungsmittel nicht. Der IX. deutsche Juristentag hat auf Antrag des bereits erwähnten Berichterstatters der 1. und 2. Abtheilung, Dr. Hauser, mit allen Stimmen anerkannt, daß ein Zwang zur Sicherheitsleistung der Vormünder nicht zu rechtfertigen ist. Die preußische Vormundschaftsordnung hat erklärt, daß ein Pfandrecht oder ein Titel zum Pfandrechte an dem Vermögen des Vormundes durch die Vormundschaft nicht entsteht.

Der Entwurf huldigt diesen Anschauungen und er begründet dieselben. Der Staat hat den Beruf, die Schutzbedürftigen möglichst in Schutz zu nehmen und daher das Recht, die Dienste seiner Bürger, Opfer an Zeit und Mühe zur Erfüllung dieses Berufes, in Anspruch zu nehmen.

Ob es aber gerecht und billig ist, Vermögensopfer beizufügen, das ist eine andere Frage. Die Sicherheitsleistung insbesondere durch gesetzliches Unterpfand ist ein Opfer regelmäßig auf Kosten des Kredits und eine mit Rücksicht auf ihre Vertheilung von reinen Zufälligkeiten abhängende völlig prinziplose Vermögenssteuer, eine ungerechte Belastung des Grundbesitzes gegenüber dem beweglichen Kapitale. Anderseits hat es wenig Sinn, gerade von dem Grundbesitzer Sicherheit zu verlangen. Wo der Grundbesitz nicht verschuldet ist, bietet er an und für sich die beste Sicherheit. Unterstellt man verschuldete Grundbesitzer, so hat die Hypotheke des Mündels wenig

Werth. „Man wird aber," sagen die Motive weiter, „um des praktischen Nutzens willen, welcher in Ausnahmefällen dem Mündel aus der Hypotheke allerdings erwachsen kann, eine an sich volkswirthschaftlich verwerfliche Einrichtung nicht treffen dürfen. Ein staatsbürgerliches Ehrenamt mit Zwangspflicht zur Uebernahme ist mit einer Kautionspflicht nicht vereinbar."

Wie läßt sich die Verurtheilung der gesetzlichen Hypotheke des Mündels, wenn man nicht etwa die Martyrbilder selbst der mit Mündel- und anderen Hypotheken mühselig Beladenen als warnende Beispiele vorzuführen gedenkt, besser begründen? Man untergrabe den Einen nicht zum Schutze des Anderen! —

Indessen gestattet doch der Entwurf ähnlich der preußischen Vormundschaftsordnung dem Vormundschaftsrichter unter besonderen Umständen zur Stellung einer entsprechenden Sicherheit nach Ermessen anzuhalten. In den Erläuterungen zum Entwurfe der preußischen Vormundschaftsordnung ist aber ausgeführt, daß die Sicherheitsleistung nur als Ausnahmsmaßregel zu behandeln und insbesondere davon abhängig zu betrachten sei, welches Vertrauen dem Vormundschaftsrichter der Vormund, auf dessen Wahl er bisweilen in Ermangelung eines Besseren angewiesen ist, erweckt. Darum ist es auch dem Richter anheimgegeben, wenn er in der Folge größeres Vertrauen zu dem Manne gewinnt, die gestellte Sicherheitsleistung zu ermäßigen oder zu erlassen oder aber entgegengesetzten Falles, wenn der Mann ihm weniger zu gefallen beginnt, zu erhöhen. Die Zweckmäßigkeit der Maßregel wurde wesentlich darin gefunden, daß die Sicherheitsleistung nicht selten der strengeren Maßregel einer Absetzung vorgezogen werden würde. Wer aber das Verlangen einer Sicherheitsleistung als beschämende oder drückende Maßregel empfindet, ist sowohl nach der preußischen Vormundschaftsordnung, wie nach dem Entwurfe, welche beide die Uebernahme der Vormundschaft als Staatsbürgerpflicht erklären, berechtigt, die Uebernahme der Vormundschaft abzulehnen oder Enthebung von derselben zu verlangen. Die Motive zum Entwurfe halten es in den Fällen für unbedenklich, Sicherheit zu fordern, wo die Vormundschaft freiwillig übernommen wird, nicht um der Staatsbürgerpflicht zu genügen, sondern um die Uebertragung der Vormundschaft als persönliches Recht in Anspruch zu nehmen.

Der mehrerwähnte Berichterstatter der 1. und 2. Abtheilung des IX. Juristentages hat die Prophezeihung ausgesprochen, daß in der Regel die Sicherheitsleistung unterbleiben wird, weil in der Regel Niemand Vormund werden oder bleiben wird, der Sicherheit leisten soll.

Schaden können die Bestimmungen des Entwurfs über die Sicherheitsleistung keinesfalls. Meine Landsleute dürfen aber für die Beseitigung der unerträglichen Mündelhypotheke der Reichsgesetzgebung dankbar sein.

Die Sicherheit des Mündels ist in dem wohlorganisirten Schutzsysteme des Entwurfes, — in den Bestimmungen über Bestellung des Vormundes, über Inventur und Rechnungsablage, über getrennte Verwaltung des Mündelvermögens, über Verbot der Verwendung von Mündelgeldern in den Nutzen des Vormundes, über Auflösung und Gründung von Erwerbsgeschäften, über Anlage der überschüssigen Pupillengelder, über Erwerb, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, über Abschlüsse von Rechtsgeschäften, über Annahme geschuldeter Leistungen, über Hinterlegung und Zurücknahme von Werthpapieren und Kostbarkeiten, über Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes u. s. w. begründet.

Diese Bestimmungen haben durch die preußische Vormundschaftsordnung und die schon erwähnten elsaß-lothringer und bayrischen Novellen zum Theile schon Gesetzeskraft erhalten und bedürfen daher keiner besonderen Empfehlung für die Rechtsgebiete des Code civil.

Einer Abänderung der preußischen Vormundschaftsordnung in dem Entwurfe will ich meine besondere Huldigung nicht versagen. In die preußische Vormundschaftsordnung ist nämlich durch das Herrenhaus die Verfügung gekommen, daß bei der Auswahl des Vormundes auf das religiöse Bekenntniß des Mündels Rücksicht zu nehmen sei.

Der Justizminister bat, das Zustandekommen des Gesetzes durch einen Streit über „unschädliche Bestimmungen" nicht zu gefährden und bemerkte, durch Annahme des betreffenden Satzes werde das Ermessen des Richters nicht ausgeschlossen und dieser nicht gehindert, einem Evangelischen einen Katholiken oder einem Juden einen Christen (weiter erstreckten sich seine Beispiele nicht) zu bestellen. Obschon entgegengehalten wurde, daß heutzutage das Bekenntniß oft schwer festzustellen und die Bestimmung bei Geschwistern verschiedenen Bekenntnisses ohne Bestellung mehrerer Vormünder unausführbar sei, wurde dieselbe selbst von der Abgeordnetenkammer angenommen und

in den § 19 eingeschaltet. Der Entwurf hat eine derartige Bestimmung in das bürgerliche Gesetzbuch des Reiches aufzunehmen verschmäht. Daß noch in unabsehbarer Zeit, so lange nicht die Prophezeihung von einem Hirten und einer Heerde sich verwirklicht hat, bei Berufung des Vormundes der Vormundschaftsrichter auch das religiöse Bekenntniß des Mündels bei der Wahl des Vormundes berücksichtigen wird, das ist weder zu bezweifeln noch zu beanstanden. Eine besondere Weisung an den Richter in dieser Hinsicht paßt jedoch nicht in ein Gesetzbuch, das auf der verfassungsmäßigen Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetze beruht und nicht in einen Organismus, der die wichtigsten Fragen dem weisen Ermessen des Richters anheimgegeben hat. Es verdient, hervorgehoben zu werden, daß die Verfasser des Entwurfes es auch für unangemessen und bedenklich erachtet haben, den Gegensatz des konfessionellen Bewußtseins im deutschen Volke ohne zwingende Noth zu verschärfen. Möge keine plumpe Hand den feinen Takt des Entwurfes zerstören.

In dem Systeme des Entwurfes folgt der Vormundschaft über Minderjährige als eine zweite Klasse die Vormundschaft über Volljährige.

Die Vormundschaft über Volljährige wegen körperlicher Gebrechen ist dem Code civil unbekannt. Nur der Vernunft beraubte Personen können gerichtlich entmündigt werden und in Folge der Entmündigung gleich den Minderjährigen einen durch den Familienrath bestellten Vormund erhalten. Hat die Geistesschwäche keinen solchen Grad erreicht, daß der Entmündigungsantrag begründet erscheint, so hat — und zwar nur das ordentliche — Gericht die Befugniß, erforderlichen Falles einen Beistand (conseil judiciaire) zu bestellen. Ebenso kann das — ordentliche — Gericht dem von ihm als Verschwender Erklärten einen Beistand ernennen. Dieser mildere Grad der Entmündigung macht den Geistesschwachen, den Verschwender nicht handlungsunfähig, — beraubt ihn nicht des Rechtes der eigenen Vermögensverwaltung, nicht des Rechtes, Käufe und andere Verträge abzuschließen oder zu testiren, — der Mitwirkung des Beistandes bedarf es nur, um vor Gericht aufzutreten, einen Vergleich einzugehen, ein Anlehen aufzunehmen, ein Kapital einzuziehen und zu quittiren, Liegenschaften zu veräußern oder mit Hypotheken zu belasten.

Das durch die deutsche Civilprozeßordnung beseitigte gerichtliche Verfahren des Code civil zum Behufe der Entmündigung eines

Geisteskranken oder der Bestellung eines Beistandes für den Geistesschwachen und Verschwender zeugt, — davon abgesehen, daß es weder dem Geistesschwachen noch dem Verschwender die Freiheit entzog, sich zu ruiniren, von der ängstlichen Behutsamkeit des Gesetzgebers, in das Selbstverfügungsrecht eines zu seinen Jahren gekommenen Menschen einzugreifen.

Verschiedene der zur Beurtheilung des Code civil herangezogene Gerichte, das tribunal d'appel von Aix, Colmar, Montpellier ꝛc. hatten vergebens die Verschwendungssucht als Ursache der Entmündigung, — so gefährlich als irgend welche Geisteskrankheit, — gefordert. Das tribunal d'appel von Paris hingegen hatte diese Forderung als „souverainement injuste, attentatoire au droit de propriéte“ bezeichnet. Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Reich gestattet nicht nur die Entmündigung der vernunftberaubten und der Personen, deren Verschwendung ihren und ihrer Familie Unterhalt gefährdet, sondern unterstellt auch ohne Entmündigungsverfahren die Blinden, Tauben und Stummen, welche ihre Angelegenheiten nicht zu besorgen vermögen, im Einverständnisse derselben oder nach Befund des Vormundschaftsrichters, wenn er eine Verständigung mit ihnen für unmöglich hält, der Vormundschaft. Auch hier hat die preußische Vormundschaftsordnung als Muster gedient. Ich kann dem Entwurfe für diese Nachahmung keinen Beifall zollen.

Ist das von der deutschen Civilprozeßordnung eingeführte Verfahren in Entmündigungssachen schon bequemer als es der Achtung vor der persönlichen Freiheit eines Erwachsenen geziemen dürfte, so scheint es mir unzulässig, die Bequemlichkeit noch weiter zu treiben, selbst von dem kurzen prozessualischen Wege der Civilprozeßordnung zu entbinden und die Stellung unter Vormundschaft auch der Tauben, Blinden und Stummen dem Ermessen des Vormundschaftsrichters, der eine Verständigung mit denselben für unmöglich hält, anheimzugeben.

Nenne man doch den Mechanismus der Civilprozeßordnung in Entmündigungssachen nicht einen schwerfälligen weitläufigen Apparat. Das klingt den Ohren des noch mit der schützenden Form des Code civil vertrauten rheinischen Juristen wie Spott. Und sei's drum! Wenn das Gesetz in Uebereinstimmung mit dem Rechtsgefühle einen Entmündigungsantrag, die Angabe der ihn begründenden Thatsachen, ihren Beweis, ein Entmündigungsurtheil für unerläßlich hält, um einen als blödsinnig oder rasend bekannten Menschen unter Vormund-

schaft zu stellen, — wenn es dem Entmündigten die Anrufung des höheren Richters vermittelst der Anfechtungsklage vergönnt, — so hat es meines Erachtens keinen richtigen Sinn, ohne daß die Voraussetzung der Vormundschaft durch ein prozessualisches Verfahren festgestellt ist, — ohne Mittheilung an den Staatsanwalt, ohne Veröffentlichung, von kurzer Hand, — auf dem Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen Blinden, Tauben, oder Stummen, — selbst in Erfüllung seines Wunsches, — unter Vormundschaft zu stellen. Schaffe man lieber gleich das ganze Verfahren in Entmündigungssachen als zu weitläufig und schwerfällig auch für die Geisteskranken und Verschwender ab und gebe man dem Vormundschaftsrichter die Befugniß, welche die preußische Vormundschaftsordnung ihm, ohne in dem Entwurfe Nachahmung zu finden, bei der Pflegschaft verliehen hat, — geeigneten Falles nach Ermessen Jedem einen Vormund zu bestellen!

Selbst die Befugniß des Vormundschaftsrichters, eine vorläufige Vormundschaft, ohne jedes Vorverfahren, sobald nur der Entmündigungsantrag gestellt ist, anzuordnen, erscheint mir bedenklich. Wenn man aber bei den Idioten und bei den Rasenden sich mit einer „vorläufigen Vormundschaft" bis zur richterlichen Entscheidung zufrieden geben kann, so wird man auch dem mit einem körperlichen Gebrechen Behafteten, der sich angeblich nicht vorzustehen vermag, mit einer solchen zu Hilfe kommen und im Uebrigen bis zur Erledigung des prozessualischen Verfahrens sich gedulden können!

Allerdings soll die Vormundschaft über den körperlich Gebrechlichen auf seinen Antrag aufgehoben werden und tröstet der Entwurf über Mißgriffe des Vormundschaftsrichters mit dem Rechtsmittel der Beschwerde; — mich will aber bedünken, daß man die Stellung eines Volljährigen unter Vormundschaft nicht als Akt — der freiwilligen Gerichtsbarkeit behandeln darf.

Wird die Stellung unter Vormundschaft über Volljährige, diese Degradirung des Rechtssubjektes gewissermaßen zum Rechtsobjekte, schlechthin an die beruhigende Voraussetzung des civilprozessualischen Entmündigungsverfahrens geknüpft, so wird auch dem trefflich begründeten Entmündigungsantrage des Herrn Kollegen Fuld in Mainz gegen die Traurigsten der Menschen, die Gewohnheitstrinker, ja sogar einem noch weiter gehenden Entmündigungsantrage gegen alle Diejenigen, welche wegen ihres verkommenen, krankhaften oder hilflosen Zustandes unfähig sind, selbst sich vorzustehen oder durch ihren

Lebenswandel ihren und ihrer Familie Lebensunterhalt gefährden, stattzugeben sein.

Eine elterliche Gewalt giebt es natürlich bei dem geschäftsunfähigen Volljährigen nicht; hört dieselbe ja mit der Volljährigkeit auf. Den Eltern steht daher auch das ihnen während des Bestehens der elterlichen Gewalt eingeräumte Recht der Benennung eines Vormundes sowie das Recht, Anordnungen über Einsetzung und Aufhebung eines Familienrathes oder die Wahl seiner Mitglieder zu treffen, nicht zu. Hingegen ist das Anrecht des Vaters oder der Mutter sowie der Großväter auf Berufung zur Vormundschaft über den volljährigen Schutzbedürftigen anerkannt.

Ihrem Zwecke nach ist die Vormundschaft über Volljährige der über Minderjährige gleich und daher ähnlichen Bestimmungen unterworfen. Richtig ist aber das in dem Entwurfe, meines Erachtens jedoch nicht scharf genug betonte Prinzip, daß die Vertretung in persönlichen Angelegenheiten sich nur auf das Nöthige beschränken soll. So sehr in der Regel wegen der Unmöglichkeit, alle Fälle vorzusehen, eine Kasuistik des Gesetzes zu widerrathen ist, — so gerne ich die Maxime der Verfasser des Code civil: on gouverne mal quand on gouverne trop, anerkenne, — so würden mir doch untergebens genauere Grenzbestimmungen für die Zwangsgewalt der Vormundschaft in persönlichen Angelegenheiten des Volljährigen höchst angemessen erscheinen. Die Frage, was nöthig ist, kann den Vormund und Vormundschaftsrichter leicht in Verlegenheit und in Streit versetzen.

Das Institut der befreiten Vormundschaft ist dem französischen Rechte, wenn es auch unerhebliche gesetzliche Vergünstigungen der elterlichen Vormünder anerkennt, selbst dem Begriffe nach, fremd.

Die Freiheit der Bewegung, deren der Vormund des französischen Rechtes unter der milden Herrschaft des Familienrathes genießt, ließ die Erfindung eines förmlichen Systems von Vergünstigungen, welche nach altem und neuem preußischen Rechte zur Milderung der Gesetzesstrenge durch Privatwillkür gestattet werden kann, keinen Raum. Der Entwurf hat geglaubt, dem Institute nicht ganz entsagen zu dürfen. Er glaubt es als Nachwirkung der elterlichen Gewalt betrachten zu müssen, wenn den Inhabern der elterlichen Gewalt gestattet wird, der Benennung eines Vormundes gewisse Befreiungen von gesetzlichen Pflichten beizufügen, — er glaubt, der Billigkeit es

schuldig zu sein, wenn dem Erblasser, welcher durch Zuwendung von Vermögen sein besonderes Wohlwollen für den Mündel an den Tag legt, die Befugniß zugestanden wird, zu Gunsten des von ihm benannten Pflegers die gesetzlichen Schranken zu beseitigen, — insbesondere das Verbot der Offenlegung des Vermögensverzeichnisses auszusprechen.

Mir kann das Institut der befreiten Vormundschaft nicht gefallen. Erscheint die Strenge des Gesetzes zu hart, so mildere man diese Härte für Jedermann, — so mildere man das Gesetz. Dasselbe muß so beschaffen sein, daß es von Jedem ohne Widerwillen beobachtet und ertragen werden kann. Was im Falle der Befreiung durch Privatwillkür entbehrlich erscheint, — das ist entbehrlich. Wenn der Entwurf sogar das Verbot der Offenlegung des Vermögensverzeichnisses in fast rührender Weise den Herzen freigebiger Kaufleute nahe legt, so hat er, sonst doch so collossal vertraut mit Allem, was sich jemals auf dem Gebiete der Gesetzgebung ereignet hat, nicht bedacht, daß es deutsche Länder giebt, wo die Steuerbehörde, damit keine Kapitalrenten- oder Erbschaftssteuer hinterzogen werde, an jedem Sterbebette Wache halten und das Vermögensverzeichniß über die Hinterlassenschaftsmasse von den Erben und Vermächtnißnehmern erzwingen kann. Man vergleiche zum Beispiel das bayerische Gesetz über die Capitalrentensteuer v. 19. Mai 1881, Art. 25 und über die Erbschaftssteuer v. 18. August 1879, Art. 30, 31 u. 40.

Eine Wissenschaft, welche der Steuerbehörde nicht vorenthalten werden darf, dem Vormundschaftsrichter zu verschließen, scheint keinen rechten Sinn zu haben.

Das Institut der befreiten Vormundschaft, welches der Einfachheit des Gesetzes und der Gleichheit vor dem Gesetze Abbruch thut, könnte füglich unterbleiben.

Der Entwurf läßt der Vormundschaft, das ist dem Person und Vermögen des Hilfsbedürftigen umfassenden Schutzsysteme, die Pflegschaft, das ist ein von der Vormundschaft dem Wesen nach nicht verschiedenes beschränktes System des Schutzes in einzelnen Fällen und Angelegenheiten folgen. Das französische Recht kennt die Pflegschaft als einheitliches Rechtsgefüge nicht. Ihre Spuren sind weithin zerstreut, und man muß sich Mühe geben, in dem Code civil und dem Code de procédure civil alle möglichen Kuratelen aufzusuchen und ihre Bedeutung kennen zu lernen. So findet man eine Kuratel für den — glücklicher Weise längst begrabenen — bürgerlich

Todten (Curateur spécial, Code civil Art. 25), — für die Leibesfrucht der verwittweten Frau (Curateur au ventre, Code civil Art. 393), für den Mündiggesprochenen (Curateur à l'émancipation, Code civil 482), für die ledige Verlassenschaft (Curateur à la succession vacante, Code civil Art. 812), — für den Taubstummen zur Annahme einer Schenkung (Curateur au sourd-muet, Code civil Art. 1055), für die wegen Unterpfandes abgetretene Liegenschaft (Curateur à l'immeuble délaissé, Code civil Art. 2171), für die Beneficiarmasse (Curateur au bénéfice d'inventaire, C. d. pr. c. Art. 1048).

Eine gesetzliche Kuratel gleich der gesetzlichen Vormundschaft giebt es im französischen Rechte nicht. Der Kurator wird in einigen Fällen durch das Gericht und in anderen Fällen durch den Familienrath bestellt. Der Curator absentis ist eine von dem code civil nicht erwähnte Schöpfung der Jurisprudenz, abgeleitet aus der Bestimmung, daß im Falle des Bedürfnisses auf Antrag der Betheiligten von dem ordentlichen Richter das Geeignete vorgesehen werden soll (Code civil Art. 112). Die Vertretung des Vermißten bei Vermögenstheilungen soll der Richter einem sogenannten Notär-Repräsentanten übertragen, was in der Regel nur geschieht, wenn nicht auf Bestellung eines Kurators angetragen worden ist. Die Befugnisse des Einen wie des Anderen sind viel umstritten.

Der Unbefangene muß immer wieder entdecken, daß der prächtige Bau des Code civil viel unschönes Gewinkel hat, worin es so leicht nicht ist, sich zurecht zu finden und man sich wohnlicher fühlen wird in einem Bau, dem es zwar an Mängeln, die den Werken der Menschen unvermeidlich anzuhaften pflegen, schwerlich gebricht, der aber in einem lichten Raume und unter einer Decke das Zusammengehörige vereint. Das ist in dem Entwurfe wie mit der Vormundschaft so mit der Pflegschaft der Fall.

Ohne der generellen Befugniß des preußischen Vormundschaftsrichters, der in allen ihm geeignet scheinenden Fällen einen Pfleger bestellen kann, Raum zu geben und ohne die Bestimmungen anderer Rechtsgebiete wie z. B. der Strafprozeßordnung, §§ 334 und 480 heranzuziehen, hat der Entwurf die Rechtsgründe der Bestellung einer Pflegschaft unter einem gemeinsamen Titel zusammengestellt und über die gemeinsamen Rechtsgrundsätze der Materie keinen Zweifel gelassen.

„Der begriffliche Gegensatz der Pflegschaft zur Vormundschaft ist lediglich der des Besonderen zum Allgemeinen," sagen die Motive. Dem Einwande, man hätte dann die Pflegschaft ganz vermeiden

und die Vollmacht des Vormundes in den für die Pflegschaft vorgesehenen Fällen auf einen bestimmten Wirkungskreis beschränken können, begegnet der Entwurf mit dem Hinweise darauf, daß von Alters her schon der Sprachgebrauch das Bedürfniß der Unterscheidung des Kurator und Tutor versinnlicht hat und es sicher als praktischer Gewinn erscheint, wenn die beschränkte Vollmacht des Vertreters schon in seiner Benennung sich offenbart!

Aller Neigung ungeachtet, möglichst zu vereinfachen, kann ich nicht umhin, dem Entwurfe Recht zu geben.

Der Sprache des Entwurfs vermag ich die hervorragendsten Eigenschaften jeder Willensäußerung und insbesondere der Gesetzgebung: Klarheit und Verständlichkeit, nicht abzusprechen.

Die Sprache der preußischen Vormundschaftsordnung zeichnet sich aber meines Erachtens durch knappere Form und elegantere Fassung aus. In vielen Fällen hat zwar der Entwurf sogar den Wortlaut der preußischen Vormundschaftsordnung aufgenommen, es hätte dieses aber öfter geschehen können. Auf die Sprache bezieht sich auch meine Anerkennung einer sorgsamen Ueberarbeitung der preußischen Vormundschaftsordnung nicht. Ich weiß z. B. nicht, warum der Entwurf die kurze Bestimmung des § 27 der preußischen Vormundschaftsordnung über den Zweck der Vormundschaft, die sich noch knapper dahin hätte fassen lassen:

> Dem Vormunde liegt die Sorge für Person, Vermögen und Vertretung des Mündels, soweit nicht in gewissen Fällen und Angelegenheiten ein Pfleger bestellt ist, ob, —

in drei §§ 1648, 1649 und 1650 zerlegt und in der Bestimmung des § 1674 nicht der Kürze der §§ 41 und 42 der preußischen Vormundschaftsordnung sich beflissen hat.

Ohne weiter mich auf Einzelnheiten zu werfen, — immer von der schon Anfangs bekundeten Absicht geleitet, nur vergleichende Betrachtungen zwischen den Grundelementen der Vormundschaft des Code civil und des Entwurfes anzustellen sowie die Gründe meines Abfalls von denen des Code civil anzudeuten, kann ich zum Schlusse folgende Bemerkungen nicht unterdrücken:

Der Kritik des Vormundschaftssystems des Entwurfs insbesondere, was die sogenannte Tyrannis des Vormundschaftsrichters betrifft, ist zur Stunde noch ein Hilfsmittel von höchster Bedeutung versagt, nämlich die Kenntniß des einzuführenden Rechtsmittelverfahrens.

Mir hat bei der Billigung des strammen Vormundschaftssystems des Entwurfs als wesentliche Bedingung vorgeschwebt, daß in diesem Verfahren allen Betheiligten gegen die Beschlüsse des Vormundschaftsrichters das Rechtsmittel der Beschwerde zum Landgerichte sowie der weiteren Beschwerde zum Oberlandesgerichte gestattet und der Beschwerdeführer in beiden Rechtszügen zugelassen wird, nicht nur Gesetzesverletzungen des Vormundschaftsrichters sondern auch sein Ermessen, das auf der Würdigung rein thatsächlicher Verhältnisse beruht, anzufechten. Der Schutz des Hülfsbedürftigen ist Zweck der Vormundschaft. Diesen Zweck erreicht das stramme System des Entwurfes besser als das — bis auf die Generalhypotheke — patriarchalischere System des Code civil. Aber nicht nur der Mündel ist zu schützen, sondern auch der Vormund ist nicht diesem Schutze preiszugeben.

Die Staatsbürgerpflicht der Uebernahme einer Vormundschaft ist besonders für jeden, der noch andere Sorgen hat als für den Mündel und täglich den Kampf um's Dasein kämpfen muß, eine schwere, durch unausgesetzte Kontrolle der Obervormundschaft doppelt empfindliche Last, die nur erleichtert werden kann durch das Bewußtsein, gegebenen Falles wider Ungeschicklichkeiten und Uebergriffe bei den höheren Gerichten Gehör und Genugthuung zu finden.

Mittheilung des Ausschusses.

Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins hat angeordnet, daß der Reichsjustizverwaltung und den Landesjustizverwaltungen je ein Exemplar der Gutachten überreicht werden. Der Kommission für den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs werden 15 Exemplare überreicht.

Die Anspruchsverjährung des Entwurfs.

Von Rechtsanwalt Dr. Gust. Lehmann in Dresden.

Die Lehre von der Anspruchsverjährung ist in dem Entwurfe so vorzüglich gearbeitet, daß der Kritik nur wenig zu sagen bleibt.

Das preußische Gesetz über kurze Verjährung vom 31. März 1838 unterwarf, einigermaßen anlehnend an den code civil, die Forderungen der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler, Handwerker ꝛc. nur gegenüber den Konsumenten der zweijährigen Verjährung. Diese Beschränkung ging dann in viele deutsche Verjährungsgesetze über. Nur einige derselben, namentlich die von Hannover (1850), Württemberg (1852), Braunschweig (1853), Bremen (1868) ꝛc. nahmen sie nicht auf. Ebenso hat der Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes (1866) von ihr abgesehen. Es ist nur anzuerkennen, daß auch der deutsche Entwurf bei den § 156 sub 1 bemerkten Ansprüchen der Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker ꝛc. sie nicht kennt; da sie nur geeignet ist, die Handhabung des Verjährungsgesetzes erheblich zu erschweren. Um so weniger ist zu verstehen, warum man bei den Erzeugnissen der Landwirthschaft auf diese Beschränkung wieder zukommt. Es sollen nämlich die Ansprüche der Landwirthe für landwirthschaftliche Erzeugnisse, insbesondere für Lebensmittel und Brennmaterialien, nur dann der zweijährigen Verjährung unterliegen, wenn dieselben zur Verwendung im Haushalte geliefert worden sind. Während ohne Ausnahme alle Forderungen der Gewerbtreibenden und Kaufleute ꝛc. für die Lieferung von Waaren und Herstellung von Arbeiten, gleichviel von welcher Höhe sie sind, unter die kurze Verjährung gestellt werden, sollen die Landwirthe eine Ausnahme davon machen und nur bedingt unter diese Verjährung fallen. Diese Beschänkung liegt wie

ein fremder Körper in der Lehre der kurzen Verjährung drin. Sie wird auch in keiner Weise in den Motiven irgend wie begründet. Es ist sehr zu wünschen, daß sie in Wegfall kommt, da sie nur zu leicht zu mißlichen prozessualen Weiterungen führen kann, nicht einmal im Interesse der Landwirthe liegt und gegen die Grundsätze der Parität verstößt. Nach dem Bremer Verjährungsgesetze von 1868 unterliegen Forderungen der Landleute und sonstigen Produzenten für gelieferte Waaren, nach dem schweizerischen Obligationsrechte von 1883 überhaupt Ansprüche für gelieferte Lebensmittel ohne irgend welche Einschränkung der kurzen Verjährung.

Betreffs der übrigen der zweijährigen Verjährung unterworfenen Ansprüche ist nichts zu bemerken. Höchstens könnte man die Künstler vermissen, da die große Mehrzahl derselben sich mit kleineren, dem Gebiete der Kunst angehörenden Arbeiten beschäftigt. Die Ansprüche für solche Leistungen sind in der Regel auf schnelle Abwicklung berechnet und fallen daher mit Recht unter die kurze Verjährung. Forderungen für große künstlerische Schöpfungen, die wohl besser der ordentlichen Verjährung zu unterstellen wären, sind Ausnahmen. Die Gesetzgebung hat ihre Bestimmungen nur nach dem zu treffen, was Regel, und nicht was Ausnahme ist.

Die Ansprüche auf Rückstände von rechtsgeschäftlich bestimmten Zinsen, von Pacht- und Miethzinsen, von Renten 2c. unterliegen nach § 157 einer vierjährigen Verjährung. Man ist bei der kurzen Verjährung des Entwurfes dem preußischen Verjährungsgesetze (1838) gefolgt, das eine zwei- und eine vierjährige Frist enthält. Einige später erlassene deutsche Verjährungsgesetze haben diese preußische Eintheilung fallen lassen und statt der zwei- und vierjährigen eine einzige, meist eine dreijährige Verjährung eingeführt. Auch der gedachte Dresdner Entwurf hat die zwei verschiedenen Fristen des preußischen Gesetzes in eine dreijährige zusammengeschmolzen, „da die Aufstellung einer einzigen Frist den Vorzug der Einfachheit für sich habe". Diese Verschmelzung ist jedenfalls nur zu loben. Eine zweijährige Frist ist doch etwas zu kurz gegriffen, namentlich wenn man bedenkt, daß schon an sich die deutsche kurze Verjährung sehr streng gefaßt ist, da sie nicht blos, wie das nach dem code civil der Fall, eine durch Eidesantrag zu entkräftende Vermuthung für die Tilgung des Anspruches erzeugt, sondern denselben ohne Weiteres zerstört. Es wäre daher zu wünschen, daß das deutsche Civilgesetzbuch nur eine einzige Frist für kurz verjährende Forderungen enthielte.

Der Entwurf ist darin der Mehrzahl der deutschen Verjährungsgesetze gefolgt, daß er nur vereinbarte Zinsen, nicht Zinsen überhaupt, der kurzen vierjährigen Verjährung unterwirft. Er motivirt dieß damit, daß „Verzugszinsen ihrer Natur nach ebenso wie sonstige gesetzliche Zinsen keiner anderen Verjährung, als der für den Hauptanspruch unterliegen könnten". Das ist nicht ganz richtig. Ebenso gut ließe sich sagen, daß vereinbarte Zinsen ihrer Natur nach unter eine andere Verjährung als die der Stammforderung nicht fallen können. Denn Zinsen sind Zinsen. Sie sind Früchte des Capitals, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde sie erstehen. Der Gedanke, Zinsen der kurzen Verjährung zu unterwerfen, ruht auf der Erwägung, daß im Interesse des Schuldners die allzu große Zinsansammlung vermieden werde. In Verlassenschaften werden nicht selten Schuldscheine gefunden, aus denen sich ergiebt, daß der Erblasser auf Zeit ein unverzinsliches Darlehn gegeben hat. Er hat vielleicht nie ernstlich daran gedacht, dasselbe zurückzufordern. Die Erben aber machen von ihrem Rechte Gebrauch und ziehen es häufig unter schwerer Bedrückung des Schuldners mit den Zinsen des Vorzugs ein, die nur zu oft in ihrem angesammelten Betrage der Summe des Capitals gleichkommen. Die kurze Verjährung für Zinsen ist dem code civil (Art. 2277) entnommen und weil daselbst gesagt ist, Zins von dargeliehenen Geldern und überhaupt alles, was jährlich oder in kürzeren periodisch wiederkehrenden Fristen zahlbar sei, verjähre in fünf Jahren, so haben die deutschen Gesetze nur vereinbarte Zinsen unter die kurze Verjährung gestellt, da in der Regel nur sie jährlich, bez. in kürzeren periodisch wiederkehrenden Fristen zahlbar sind. Die Frage, ob unter die fünfjährige Verjährung des code civil Zinsen aller Art oder nur vereinbarte Zinsen fallen, war in Frankreich controvers, bis der Cassationshof dahin entschied, daß unter den Zinsen des Art. 2277 Zinsen jeder Art zu verstehen seien. Diese Auffassung entspricht auch entschieden der Intention des Gesetzgebers. Gerade die gesetzlichen und die Verzugszinsen sind eine größere Gefahr für den Schuldner, wie die vereinbarten. Ihre Ansammlung vollzieht sich meist still. Oft hat der Schuldner selbst keine Ahnung davon. Indem eine kürzere Verjährung für Zinsen aller Art bestimmt wird, kommt der Staat nur der ihm obliegenden Pflicht nach, die schützende Hand auf den wirthschaftlich Schwächeren zu legen. Im Sinne der französischen Auffassung haben die Gesetze von Bayern (1859) und Hessen (1853), ingleichen der hessische Ent-

wurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs (1842), sowie das schweizerische Obligationsrecht Zinsen ohne Einschränkung der kurzen Verjährung unterworfen.

Der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes sind verschiedene Petitionen von Handels- und Gewerbekammern, von kaufmännischen und Gewerbevereinen zugegangen, in denen gebeten wird, die kurze Verjährung auf ein Jahr herabzumindern. Man verhofft damit, dem eingerissenen Borgsystem wirksamer entgegenzutreten. Die Petenten sind darin entschieden im Irrthume. Gegenüber festwurzelnden wirthschaftlichen Zuständen, selbst wenn man sie, wie das Borgsystem, als Mißstände bezeichnen muß, vermögen Gesetze in der Regel nicht viel. Der Geschäftsmann, der auf einer kurzen Verjährung fußend, seine Kunden zur Zahlung oder Anerkennung der Schuld drängen wollte, würde wohl in kurzer Zeit den besseren Theil derselben verlieren. Dem mißlichen Borgunwesen wird sich nur dadurch einigermaßen beikommen lassen, daß bei baldiger Zahlung ein reeller Rabatt gewährt wird, wie das in England und Amerika mit Erfolg geschieht. Die Kommission hat daher mit Recht diese Petitionen auf sich beruhen lassen.

Es ist ein Fehler des Entwurfes, daß er als ordentliche Verjährung die gemeinrechtlich dreißigjährige wieder aufgenommen hat. Dieser lange, fast ein Menschenalter währende Zeitraum hat keine Basis mehr in den jetzigen Verkehrsverhältnissen. Es geht das schon daraus hervor, daß seit den letzten vierzig Jahren das Gebiet der kurzen Verjährung immer mehr erweitert worden ist. Dreiviertel aller Ansprüche, soweit solche überhaupt von der Verjährung betroffen werden, unterliegen jetzt bereits der kurzen Frist. Einen eigenthümlichen Eindruck macht es daher, wenn die Verjährung des restlichen Viertels wieder in den weiten Zeitraum von dreißig Jahren hinausgerückt wird. Eine Frist von zehn Jahren würde vollauf genügen. Sie hätte gleich der kurzen Verjährung von zwei und vier Jahren mit Schluß des Jahres zu beginnen, in dem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden konnte. Die Motive bemerken treffend zur Begründung des Verjährungsinstitutes überhaupt, der Verkehr vertrage es nicht, in der Vergangenheit liegende Ansprüche in einem Zeitpunkte geltend zu machen, wo der Gegner in Folge der verdunkelnden Macht der Zeit nicht mehr in der Lage sei, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerthen. Mit diesen Worten könnte ein Gesetzgeber auch ganz sachgemäß

motiviren, warum eine dreißigjährige Frist für die Verjährung zu lang sei. Denn die verdunkelnde Macht der Zeit zeigt sich jetzt bei der gänzlich veränderten Gestalt des Verkehrs schon mit Ablauf von zehn Jahren in vollem Maße. Das Festhalten an der Frist von dreißig Jahren wird in den Motiven unter Anderm mit der Art und Weise begründet, wie im Entwurfe der Beginn der Verjährung normirt sei. Es mag sein, daß es, seitdem man die von der älteren Doktrin vertretene Verletzungstheorie aufgegeben hat, dem Laien manchmal schwer fallen wird, den Anfang des Verjährungslaufes zu erkennen. Die Verjährung eines Anspruches kann jetzt schon ihren Anfang nehmen, bevor der Anspruch überhaupt entstanden ist (§ 158 Abs. 3). Beim unverzinslichen Darlehn, das auf dreimonatliche Kündigung gegeben ist, beginnt die Verjährung nicht nach erfolgter Kündigung mit Ablauf von drei Monaten, sondern bereits vom Empfang des Darlehns an und geht mit Ablauf der Verjährungszeit unter Zurechnung der Kündigungsfrist zu Ende. Behält sich Jemand beim Verkauf einer Sache für die Zukunft den Rückkauf vor, so fängt die Verjährung des Rückkaufsrechtes sofort mit Abschluß des Vertrages und nicht erst mit dem Zeitpunkte zu laufen an, wo der Rückkauf verlangt und vom Gegner verweigert wird. Bei Ueberlassung einer Sache zum prekaristischen Besitze nimmt die Verjährung des dinglichen Anspruches sogleich mit der Besitzübernahme ihren Anfang. Beim Depositum läuft die Verjährung des persönlichen und dinglichen Anspruches des Deponenten vom Moment der Deposition ab. In solchen und ähnlichen Fällen könnte allerdings bei einer kürzeren ordentlichen Verjährungsfrist manchmal Gefahr drohen und der Laie bereits nach Ablauf eines Dezennii seines Anspruches verlustig gehen, ohne gewußt zu haben, daß seine Forderung überhaupt von der Verjährung betroffen werde. Andererseits kann man aber annehmen, daß, wer während des immerhin langen Zeitraumes von zehn Jahren von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, wenig Interesse an dessen Geltendmachung hat und voraussichtlich auch im Laufe von dreißig Jahren davon keinen Gebrauch machen würde. Ueberdem stehen die Fälle, in denen juristisches Wissen erforderlich ist, um den Anfang der Verjährung zu bestimmen, doch immer vereinzelt da. Meistens wird der Zeitpunkt, wo die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann und sonach der Verjährungslauf beginnt, namentlich auch überall da, wo eine bestimmte Erfüllungszeit vorgeschrieben ist oder ein bedingter Anspruch vorhanden, mit dem Zeit-

punkte zusammenfallen, der ebenfalls nach der Auffassung des Laien der Fälligkeitstermin des Anspruches ist. Auch das der Kündigung unterliegende Darlehn giebt keinen Anlaß zu Bedenken, wenn es verzinslich ist, da durch jede Zinszahlung die Verjährung unterbrochen wird. Wo das Recht ein Unterlassen gebietet, beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung, also mit einem Akte, der auch nach der dem Laien verständlichen Verletzungstheorie der Verjährungsanfang des Anspruches ist. Ueberdem hat der Entwurf, insbesondere in den §§ 397, 411, 571, 719, 1230, 1578, 1952 und 1999 genau bestimmt, von welchem Zeitpunkte an in theilweiser Abweichung von dem aufgestellten Grundsatze die Verjährung zu laufen hat. Es kann sonach das Prinzip des Entwurfes über Anfang der Verjährung die Beibehaltung der dreißigjährigen Frist nicht genügend begründen. Wäre das richtig, was die Motive nach dieser Richtung hin sagen, so würde es gar nicht zu verantworten sein, neben der dreißigjährigen Verjährung noch eine von zwei und vier Jahren — abgesehen von noch kürzeren Terminen — wieder einzuführen. Denn die Bestimmungen über Verjährungsanfang kommen in gleicher Weise bei der ordentlichen, wie bei der kurzen Frist zur Anwendung.

Die Zeit ist gekommen, wo die ordentliche Verjährung von dreißig Jahren auf zehn Jahre herabzusetzen ist. Zu diesem kürzeren Zeitabschnitte haben sich auch schon moderne Gesetzgebungen bei Forderungen aus Schuldverhältnissen, Hannover (1850), Lübeck (1859), Braunschweig (1853), Bremen (1868), bekannt. Im Bremer Gesetz wird ausdrücklich hervorgehoben, daß dasselbe bezwecke: „die Unzuträglichkeiten zu beseitigen, die für die heutigen Verkehrsverhältnisse aus der gemeinrechtlichen regelmäßig langen Dauer der Verjährung erfahrungsgemäß erwüchsen.“ Als man den Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes berieth, wurde die Frage nach der Zeitdauer der ordentlichen Verjährung ganz eingehend diskutirt. Die erste Vorlage enthielt die gemeinrechtlichen dreißig Jahre. Diese Frist ward nach lebhaften Debatten schließlich auf zehn Jahre herabgesetzt. Ein Vertreter der zehnjährigen Frist bemerkte bei der Berathung treffend: *) „es werde nur wohlthätig wirken, wenn durch Bestimmung einer kürzeren Verjährungsfrist der Berechtigte seine Forderungen, wo nicht durch gänzliche Abwickelung, so doch in ihren thatsächlichen Voraussetzungen und zwar wo erforder-

*) Protokolle S. 1391.

lich durch Klaganstellung zu einer Zeit schon zur Gewißheit und in Ordnung zu bringen genöthigt sein werde, wo die einschlagenden Verhältnisse noch nicht verdunkelt seien." In dem Dresdner Entwurfe kommen übrigens, was den Beginn der Verjährung betrifft, schon dieselben Grundsätze zur Anwendung, die der vorliegende deutsche Entwurf enthält. In den meisten Kantonen der Schweiz galt bereits seit langer Zeit eine kurze in der Regel sich nicht über zehn Jahre erstreckende Verjährung für Ansprüche aller Art. Die Schweizer schufen ihr Verjährungsrecht ganz nach praktischem Bedürfniß, unbekümmert um das bei ihnen nie eingedrungene römische Recht. Das Züricher Privatrecht vom Jahre 1855 enthält eine ordentliche Verjährung von nur zehn Jahren. Auch die letzte gesetzgeberische Arbeit der Schweiz, das mehrgedachte, den dinglichen Mobiliarverkehr mit umfassende schweizerische Obligationsrecht kennt als ordentliche Verjährung nur die zehnjährige Frist. Der Anfang des Verjährungslaufes wird in ihm im Wesentlichen ganz in derselben Weise, wie in dem vorliegenden deutschen Entwurfe normirt. In England verjähren alle Forderungen aus Vertragsverhältnissen, dafern sie nicht beurkundet sind, bereits mit Ablauf von zwölf Jahren.

Neben der ordentlichen Verjährung von zehn Jahren möchte für ein paar Fälle eine außerordentliche von zwanzig Jahren beibehalten werden. Eine solche würde am Platze sein bei Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen. Denn da die Verjährung solcher Forderungen ihren Anfang mit dem Delikt nimmt — gleichviel, ob der Schaden und bez. der Schädiger bekannt sind — so wäre bei einer nur zehnjährigen Frist der Fall wohl denkbar, daß man den Schädiger zu einer Zeit entdeckte, bez. zur Strafe zöge, wo die Verjährung des civilrechtlichen Ersatzanspruches bereits eingetreten. Es könnte daher hier bei dem an das österreichische B. G. B. (§ 1489) anschließenden § 719 des Entwurfes im Wesentlichen verbleiben, wonach der Anspruch aus dem Delikt binnen drei Jahren von dem Zeitpunkte an, wo der Geschädigte Kenntniß von dem Schaden und der Person des Schädigers erhalten, in jedem Falle aber, wenn diese kurze Frist nicht Platz greift, innerhalb dreißig Jahren von der Deliktbegehung ab zu verjähren hat. Nur wäre an Stelle der dreißigjährigen eine zwanzigjährige Frist zu setzen. Ebenso ließe es sich rechtfertigen, unter gewissen Voraussetzungen bei Erbschaftsansprüchen, sowie bei der Eigenthumsklage, dafern mit ihr gegen den schlechtgläubigen Erwerber vorgegangen wird, eine außerordentliche Verjährung von

zwanzig Jahren zuzulassen. Auch das schweizerische Obligationsrecht geht bei deliktischen Ersatzforderungen über seine ordentliche Verjährung hinaus, indem es in Art. 69 anordnet, daß, wenn die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet werde, für welche das Strafrecht eine längere, denn die ordentliche (zehnjährige) Verjährung vorschreibe, diese auch für den Civilanspruch zu gelten habe. Die Eigenthumsklage des schweizerischen Obligationsrechtes ist gegenüber dem unredlichen Erwerber unverjährbar (Art. 207).

Bedenklich fällt es, die Verjährung erst durch Zustellung der Klage und des Zahlungsbefehls und nicht bereits durch deren Einbringung unterbrechen zu lassen. Denn wenn der Beklagte plötzlich seine Wohnung oder seinen Wohnort gewechselt hat, kann der Kläger durch den hierdurch veranlaßten Zustellungsverzug leicht gefährdet werden. Mit Rücksicht auf diese Gefahr lassen viele deutsche Gesetze, der neueren gemeinrechtlichen Doktrin folgend, die Verjährung schon durch Anbringung der Klage bez. des Zahlungsbefehls unterbrechen. Es empfiehlt sich daher hier im Anschluß an § 190 der C. P. O. die auch dem gemeinen Rechte nicht fremde Rückziehung, derzufolge, wenn durch Zustellung der Lauf der Verjährung unterbrochen werden soll, die Wirkung derselben auf den Zeitpunkt der Ueberreichung des Antrages zurückbezogen wird. Vor allem die namentlich dem Geschäftsmanne nur zu schnell über den Hals kommende zweijährige Verjährung macht eine solche Vorschrift dringend nöthig.

Der § 166 ist nicht mehr zeitgemäß. Die Verjährungsprivilegien der Minderjährigen und derer, die ihnen gleich zu achten sind, hatten in früheren Zeiten ihren guten Grund, wo das Vormundschaftswesen noch ziemlich im Argen lag. Jetzt wo dasselbe in Deutschland sehr gut geordnet ist und nach dem Entwurfe eine ganz vorzügliche Organisation erhalten soll, entbehren sie, mögen sie noch so eingeschränkt sein, aller und jeder Begründung. Auch der vereinzelte Fall, daß ein plötzlich geisteskrank Gewordener oft noch eine Zeit lang ohne vormundschaftliche Vertretung bleibt, rechtfertigt einen Eingriff in den Lauf der Verjährung nicht. Tritt so etwas ein, so ist es dann, wie das ja fast immer geschieht, Sache der ihm Nahestehenden, die Leitung seiner rechtlichen Angelegenheiten in die Hand zu nehmen bez. zu überwachen, bis die Vormundschaft bestellt ist. Man sieht auch nicht ein, wie die juristischen Personen dazu kommen, daß im Fall sie nicht gehörig vertreten sind, die gegen sie laufende Verjährung, gleich wie bei den Geschäftsunfähigen, nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach

dem Zeitpunkte vollendet werden soll, wo der Vertretungsmangel gehoben ist. In einer mit Rechtssubjectivität versehenen Gesellschaft sind ernste Differenzen. In Folge dessen kommt die Vertretung vielleicht lange Zeit nicht in Ordnung. Soll deshalb unter der in § 166 gedachten Voraussetzung der Verjährungslauf gegenüber der Gesellschaft gehemmt sein? Es hieße das eine Prämie auf die Unordnung setzen. Diese Bestimmung wird um so bedenklicher, als Deutschland unverkennbar ein starker Producent von juristischen Personen ist. Hierzu kommt noch, daß durch solche Hemmung nach § 884 im Gebiete des dinglichen Rechtes auch gleichzeitig der Ersitzungsprozeß gestört wird. Es dürfte an der Zeit sein, mit diesen Vorrechten endlich einmal zu räumen. Sie haben sich bei der Verjährung, gleich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Privilegien des Fiskus, der Städte 2c. vollständig überlebt. Bereits im code civile (Art. 2278) kommen sie bei der kurzen Verjährung in Wegfall. Ebenso nach preußischem Rechte. Desgleichen werden sie im Art. 149 des deutschen Handelsgesetzbuches, soweit es sich um Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft handelt, bei bevormundeten und juristischen Personen ausgeschlossen. In ähnlicher Weise verfahren die Reichsgesetze vom 4. Juli 1868 und 7. Juni 1871. Das Züricher Privatrecht und das schweizerische Obligationsrecht kennen diese Privilegien gar nicht.

Es liegt gar kein Grund vor, während der Vormundschaft den Verjährungslauf, wie das § 168 geschehen, bei Ansprüchen zu hemmen, die ein Vormund gegen den Mündel hat. Treten solche Ansprüche zu Tage, so ist es Sache des Vormundes, dies dem Vormundschaftsgericht zur Kenntniß zu bringen, welches dann für Bestellung eines anderen Vormundes mindestens bis zum Austrag der Differenz zu sorgen hat. Braucht der Vormund erst nach beendigter Vormundschaft seine Forderungen geltend zu machen, so kann das dem Mündel dann sehr nachtheilig werden, wenn sich in Folge des längeren Zeitverlaufes die Sachlage verdunkelt hat oder die zur Abwehr erforderlichen Beweismittel nicht mehr zur Stelle sind. Es ist daher ganz korrekt, wenn das schweizerische Obligationsrecht in Art. 153 anordnet, daß während der Dauer der Vormundschaft nur die Verjährung für Ansprüche des Mündel gegen den Vormund nicht beginnen und, wenn begonnen, in ihrem Laufe aufgehalten werden. Solche Hemmung darf nicht über das Nothwendigste ausgedehnt werden, da sie die Wirksamkeit des Verjährungsinstitutes erheblich beeinträchtigt.

Mit Recht wird in § 184 die in der Theorie immer noch etwas bestrittene Frage, ob das Recht auf terminliche Leistungen, die keinen accessorischen Charakter haben, überhaupt der Verjährung unterliegt, im bejahenden Sinne beantwortet. Ebenso ist zu billigen, daß man in § 160 den Beginn der Verjährung normirt hat, da derselbe aus dem § 158 Abs. 1 aufgestellten Prinzipe mit Sicherheit nicht zu konstruiren ist. Eine andere Frage ist die, ob ein Anlaß vorlag, mit Verjährung des Hauptanspruches auch die noch rückständigen, nicht accessorischen Leistungen — wie der Entwurf gethan — gleich mit verjähren zu lassen, obwohl sie an sich noch nicht verjährt sind. Es dürfte schwer fallen, rechtlich zu deduziren, daß solche rückständige terminliche Leistungen von der Verjährung des Ganzen ohne Weiteres mit affizirt werden. Der Entwurf geht hier konform mit dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche (§ 160) und dem schweizerischen Obligationsrechte (§ 151). Dagegen hält der Dresdner Entwurf (Art. 419) an der Ansicht fest, daß trotz der Verjährung des Hauptrechtes der Anspruch auf davon abhängige, sowie auf davon unabhängige verfallene wiederkehrende Leistungen bestehen bleibt, soweit nicht die für dieselben geltende besondere Verjährung abgelaufen ist.

Nach § 183 soll das Pfandrecht fortbestehen, trotzdem der Anspruch, zu dessen Sicherung es dient, verjährt ist. Es entspricht diese Rechtsanomalie ganz der gemeinrechtlichen Doktrin. Dagegen ist nicht recht zu ersehen, warum der Pfandgläubiger nicht berechtigt sein soll, neben der verjährten Hauptforderung auch die verjährten Zinsen oder sonstigen wiederkehrenden Leistungen aus dem Pfanderlöse zu decken. Auf das gemeine Recht kann man sich hierbei nicht stützen, höchstens, wie auch in den Motiven geschehen, auf eine Stelle des preußischen Landrechtes (I. 20 § 248). In dem gleichzeitig von den Motiven angezogenen österreichischen B. G. B. § 1483 ist nichts zu finden, was diese Auffassung begründen könnte. Präsumtiv hat der Gläubiger mit Rücksicht auf das in seinen Händen befindliche Pfand keine Vorkehrung gegen Verjährung seiner Forderung getroffen und keinen Anlaß genommen, die verfallenen Zinsen und sonstigen wiederkehrenden Leistungen rechtzeitig einzuziehen. Der Pfandschuldner kann sich daher in keiner Weise beschwert erachten, wenn der Pfanderlös auch zur Deckung der verjährten Zinsen und wiederkehrenden Leistungen mit verwendet wird, da die Zinsen und sonstigen accessorischen Verpflichtungen als selbstverständliche juristische Bestandtheile der Hauptschuld anzusehen sind, für die das Pfand,

wenn nicht etwas anderes ausgemacht worden, ohne Weiteres mit haftet. Die Forderung und ihre Accessorien können in Folge Verjährung nur insoweit in Wegfall kommen, als das Pfand zu ihrer Deckung nicht ausreicht.

Trotz Verjährung des dinglichen Anspruches bleibt nach L. 8 § 1 cod. VII de praescript. XXX v. XL ann. 39 das dingliche Recht noch bestehen. Es ist unverjährbar. Man behält ungeachtet der Anspruchsverjährung noch sein Eigenthum an der Sache. In Folge Verjährung geht nur die Klage zur Verwerthung der im Eigenthum liegenden Rechte verloren. Im gemeinen Rechte konnte ein solches nacktes dingliches Recht noch von einigem Werthe sein. Denn die Fälle waren leicht denkbar, wo der Eigenthümer nach verjährtem Anspruche in die Lage kam, sein Eigenthumsrecht mit Erfolg zu realisiren, dafern nur der, welcher die Sache besaß, nicht der Rechtsnachfolger vom dem war, zu dessen Gunsten der Anspruch verjährte. Nach dem Entwurfe hat dieses abstrakte dingliche Recht dadurch viel an Bedeutung verloren, daß in der Regel das Eigenthum auf den gutgläubigen Erwerber sofort übergeht. Immerhin ist aber auch nach ihm der Fall nicht ausgeschlossen, daß der Eigenthümer nach verjährtem Anspruche unter gewissen Voraussetzungen noch von seinem dinglichen Rechte mit Erfolg Gebrauch machen kann, wenn auch solche Fälle selten vorkommen werden. Käme es aber einmal zur Geltendmachung dieses den verjährten Anspruch überlebenden dinglichen Rechtes, so würde das sicher zu sehr mißlichen, den Intentionen des Verjährungsinstitutes ganz widerstreitenden prozessualen Weiterungen führen, da dann voraussichtlich die thatsächlichen Verhältnisse schon sehr verdunkelt wären. Es dürfte daher angezeigt sein, dem dinglichen Rechte, das nach dem Entwurfe, soweit nicht inmittelst das Eigenthum an der Sache erworben worden, unter Umständen in unbegrenzte Zeit hinaus fortexistiren kann, ein zeitliches Ziel zu setzen. Das könnte durch ein energisches Eingreifen der Acquisitivverjährung geschehen. Man hätte zu bestimmen, daß nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes, vielleicht nach zwanzig Jahren, die Ersitzung auch ohne das Erforderniß des redlichen Erwerbes sich vollzöge. Durch eine solche Ersitzung würde das dingliche Recht ohne Weiteres hinfällig. Diesen Weg hat der code civil eingeschlagen, indem nach Art. 2262 bei einer dreißigjährigen Acquisitivverjährung weder nach Titel, noch nach bona fides zu fragen ist. Anders gestaltet sich die Sache nach dem hessischen Entwurfe eines bürger-

lichen Gesetzbuches (1842). Nach ihm ist, abgesehen von der Erbschaftsklage, der dingliche Anspruch unverjährbar. Man hat das gethan, um nicht zu einer Trennung von Recht und Anspruch zu gelangen. „Es sei," so heißt es in den Motiven, „bei der Verjährbarkeit des dinglichen Anspruches die dem Zwecke der Verjährung widersprechende Halbheit unvermeidlich, daß der Eigenthümer wohl sein Recht behalte, allein den nothwendigen Schutz für solches gegen den anmaßenden Besitzer entbehre, und umgekehrt der Letztere in seiner Anmaßung sich behaupten könne, ohne nur einen Rechtstitel erlangt zu haben, in Folge dessen nach keiner Seite hin ein fester gesicherter Rechtszustand herbeigeführt werde." Die Unverjährbarkeit des dinglichen Anspruches hat aber das große Bedenken gegen sich, daß dann unter Umständen dingliche Ansprüche noch nach fünfzig und mehr Jahren erhoben werden können. Noch ein anderer Weg ließe sich einschlagen, um dem Dualismus beizukommen. Man fügte in den Abschnitt über die Verjährungslehre ein, daß mit der Verjährung des dinglichen Anspruches auch gleichzeitig das dingliche Recht untergehe. Zerstörung des Anspruches durch Verjährung und Erlöschen des dinglichen Rechtes fielen dann zusammen. Wählte man diesen Weg, so würde die betreffende Sache, dafern inmittelst nicht Eigenthum an ihr erworben worden, im Momente der vollendeten Anspruchsverjährung herrenlos werden und wer sie da besäße, erlangte an ihr als einer res nullius das Eigenthum. Auf den Besitzer ginge, gleichviel ob possessio bonae oder malae fidei vorläge, das Eigenthum im Wege der Okkupation über. In dieser Weise dürfte sich am Einfachsten aus dem Dilemma herauskommen lassen. Darin wird wohl Einverständniß herrschen, daß an der Erhaltung dieses dominium sine re nichts gelegen ist. Es gehört dasselbe überwiegend in das theoretische Gebiet des Rechtes. Der privatrechtliche Güterverkehr kann solche künstliche, auf Schrauben gestellte Rechtsgebilde nicht brauchen. Der Gesetzgeber ist hier nicht mit der wünschenswerthen praktischen Initiative vorgegangen. Er hat sich unverkennbar etwas zu sehr von der Theorie in's Schlepptau nehmen lassen.

Der diesem Aufsatze gestattete Raum erlaubt es nicht, noch auf die in dem Entwurfe zerstreuten Spezialverjährungen zuzukommen. Das Eine sei hier nur erwähnt, daß nach dieser Richtung hin eine Bestimmung vermißt wird, wonach Ansprüche aus Pacht- und Miethverhältnissen, soweit sie Ersatz von Auslagen, Verwendung und Schäden zum Gegenstand haben, einer kurzen Verjährung unterliegen.

Denn derartige Forderungen führen, namentlich bei Auflösung von solchen Verträgen, oft zu sehr erbitterten, nicht selten mit Geltendmachung von Zurückhaltungsrechten verbundenen prozessualen Schwierigkeiten. Der bayersche Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches (1860) enthält in den Artikeln 457 und 461 die sehr angemessene Vorschrift, daß derartige Ansprüche bereits sechs Monate nach ihrer Entstehung verjähren. In den Motiven wird diese Verjährung damit begründet, daß die Feststellung solcher Forderungen nach Ablauf längerer Zeit meist schwierig werde und daher ein Zwang zu ihrer baldigen Geltendmachung für beide Theile ersprießlich erscheine. Es ist sehr zu wünschen, daß der deutsche Entwurf nach dieser Richtung hin ergänzt werde, vielleicht mit der zur Vermeidung von Streit über den Tag des Verjährungsbeginns beizufügenden Modifikation, daß der Anspruch vom Schlusse des Jahres an, in dem seine Befriedigung rechtlich verlangt werden konnte, einer dreimonatlichen Verjährungsfrist unterläge.

Der Abschnitt über Anspruchsverjährung läßt an Schärfe und Klarheit des Gedankens und Ausdruckes nichts zu wünschen übrig. Die ihm beigegebenen Motive umfassen alles, was die deutschen und die uns zugänglichen ausländischen Gesetzgebungen, ingleichen was Wissenschaft und Praxis über Verjährung aufzuweisen haben. Auch die darin enthaltenen, ebenso geistvollen, als weitsichtigen legislativen Erwägungen sind in der Hauptsache zu billigen. Es war daher nur ein Vergnügen, sich mit dieser hervorragenden gesetzgeberischen Arbeit zu beschäftigen.

Gutachten über den zweiten Abschnitt des Rechtes der Schuldverhältnisse:

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden.

Erstattet von Dr. Max Hachenburg, Rechtsanwalt in Mannheim.

Eine gewaltige Umwälzung hat auf dem Gebiete des Obligationenrechtes nicht stattgehabt. Das „Recht der Schuldverhältnisse“ des Entwurfs ist gleich den gemeinen und gleich den partikularen Rechten römisch gedacht. Die Aufgabe der Gesetzgebung bestand darin, den Bedürfnissen des modernen Lebens gerecht zu werden, Veraltetes abzustreifen, und zuzufügen, was der Verkehr neu schuf. Daher wird auch die Besprechung des zweiten Theiles des Entwurfs und speziell des vertragsmäßigen Obligationenrechts sich nicht mit allgemeinen großen Prinzipien, wie im Sachenrechte und Erbrechte, zu befassen haben, Fragen, wie die des gesetzlichen ehelichen Güterrechtes, fehlen, und eben deshalb muß gerade hier das Eingehen in das Einzelne geboten erscheinen.

Gegenstand der Verträge.

(§ 344 bis § 358.)

„Ist ein Vertrag auf eine Leistung gerichtet, welche unmöglich oder durch Gesetz verboten ist, oder welche gegen die guten Sitten verstößt, so ist derselbe nichtig.“ (§ 344.) Von den hier in einem Satze behandelten drei Fällen gehört nur der eine, die thatsächliche Unmöglichkeit, hierher. Die beiden anderen finden ihren Platz im allgemeinen Theil (§§ 105, 106). „Jedes Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“ Durch diese Fassung des § 106 wird, wie auch die Motive (I S. 211) berichten, ein

spezieller Gedanke verallgemeinert. Inhalt des Rechtsgeschäftes im Sinne des § 106 ist der von dem Handelnden durch seine Willenserklärung beabsichtigte Rechtserfolg; er umfaßt bei der Entstehung der Obligation durch Vertrag, was das zweite Buch des Entwurfs unter Gegenstand und Inhalt der Schuldverhältnisse versteht. Den wesentlichen Inhalt des obligatorischen Kontrakts bildet die Pflicht der einen Partei zur Leistung; ist diese für sich oder im Zusammenhang mit anderen Umständen sittenwidrig, so ist es der Inhalt des Rechtsgeschäfts und der Vertrag aus diesem Grunde nichtig.

Die von dem Gesetz verbotenen Leistungen scheinen dagegen von dem § 105 dem Wortlaute nach nicht schon mitumfaßt; denn dieser erklärt die Rechtsgeschäfte für nichtig, deren Vornahme das Gesetz verbietet. Und so stellt auch § 347 Verträge, deren Schließung das Gesetz verbietet, und solche, die auf eine vom Gesetz verbotene Leistung gerichtet sind, nebeneinander. Indeß einmal ist auch die Schließung eines Vertrages, der auf eine gesetzwidrige Leistung geht, gegen das Verbot des Gesetzes. Auch der § 105 müßte in dem Sinne des § 106 ausgelegt werden, daß der Inhalt des Vertrages, wenn er rechtswidrig ist, den Willensakt nichtig macht. Sonst hätte ja auch die rechtswidrige Bedingung, da sie im Gesetze sowenig wie die sittenwidrige erwähnt ist (s. Motive I S. 267), eine rechtliche Regelung nicht gefunden. Zum andern ist bekanntlich die Frage der Grenze zwischen Recht und Moral eine überaus schwere; mag sie rechtsphilosophisch festgestellt werden wie immer, jedenfalls zeigt die Erfahrung, daß die meisten Rechtsverbote auch Moralverbote sind, die nur des besonderen rechtlichen Schutzes sich erfreuen. Das Recht giebt ein Mehr zu dem einfachen Sittenverbot. Was aber für das Geringere gilt, muß auch für das Verstärkte gelten. Oder ist vielleicht ein Vertrag über gemeinsame Schmuggelgeschäfte nur rechts- und nicht auch sittenwidrig? Es muß dann der § 105, der im weiten Sinne des § 106 ausgelegt wird, auch in diesem Sinne gefaßt werden: „Ein Rechtsgeschäft, das (oder dessen Inhalt) gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, sofern nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt." Daß hierunter auch der Vertrag über eine rechtlich verbotene Leistung fällt, scheint dann als selbstverständlich.

Die praktische Folge ist nicht nur das Entlasten des § 344 von zwei Elementen, die an andere Stellen gehören; das Zusammenfassen der Wirkung des rechts- und sittenwidrigen Vertragsinhaltes rückt auch ihr Verhältniß zu der thatsächlichen Unmöglichkeit der Leistung

in helleres Licht. Der Entwurf (§ 347) wendet die für den letzteren Fall gegebenen Vorschriften (§ 345 und 346) auf die rechtswidrigen Verträge an; er giebt auch hier bei culpa in contrahendo das Recht auf das negative Interesse und gestattet den giltigen Abschluß für den Fall und unter der Bedingung des Wegfalls des Verbots; sittenwidrige Verträge aber sind ausgeschlossen. Wenn nun aber dem Rechtsverbot ein Sittenverbot zu Grunde liegt? Dann muß dieses vorgehen. Und da jedes Rechtsgebot ein Theil der guten Sitten enthält, so wird man stets die Folgen des § 347 durch Heranziehung dieses Gedankens beseitigen können. Die Uebertragung nicht beschlagbarer Forderung ist ungiltig (§ 296). Wer das negative Interesse vom Cedenten einer gesetzlichen Alimentenforderung (§ 749 Z. 2 R. C. P. O.) begehrt — den Nachweis der schuldlosen Unkenntniß auf seiner, der schuldhaften auf der anderen Seite vorausgesetzt — dem wird die dem § 749 C. P. O. und 296 des Entwurfs zu Grunde liegende Idee entgegengehalten und der Vertrag wird als gegen die guten Sitten verstoßend bezeichnet werden. Der § 347, der eine Quelle des Streits zu werden droht, würde dann mit der Entfernung der Worte „über die verbotene Leistung" aus § 344 ebenfalls verschwinden. Die Unmöglichkeit der Leistung, die nach § 344 den Vertrag nichtig macht, ist als objektive gedacht; nur subjektive Unmöglichkeit hindert die Giltigkeit nicht. Das Gesetz aber spricht diese Regel selbst nicht aus und ihre Ableitung aus § 348 ist nicht genügend gewährt, weil hier zwei besondere Fälle vorliegen. Die beiden Arten der Unmöglichkeit können sich einander in ihren Wirkungen nähern. Auch bei der objektiven kann der Vertrag für den Fall, daß die Leistung später möglich wird, giltig geschlossen sein, als bedingter Vertrag (§ 346); auch bei der subjektiven kann der Vertrag nur für den Fall, daß die Leistung später subjektiv möglich wird, als bedingter Vertrag geschlossen sein (§ 348 Abs. 2 arg., s. Motive II S. 182). Aber das Unterscheidende ist stets, daß die Vermuthung gegen diese Art des Vertrags ist, und daher im Zweifel im ersten Falle ein nichtiger, im zweiten ein giltiger Kontrakt vorliegt. Weil aber der Unterschied von Bedeutung, ist es wünschenswerth, ihn nicht nur in den Motiven (II S. 176, S. 181), sondern im Gesetze zu finden. „Unmöglichkeit der Leistung, die sich nur auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners gründet[1]), bewirkt keine

[1]) Die Fassung von Savigny Obligationenrecht II S. 285.

Nichtigkeit." Daneben mögen die in § 348 Abs. 1 und Abs. 2 enthaltenen Spezialvorschriften ihrer besonderen Wichtigkeit halber bestehen bleiben. Daß der Entwurf das System des Code civil[2]) vermeidet, wird namentlich der Jurist des französischen Rechtes freudig begrüßen. Streitig ist der Grund für die Nichtigkeit des Verkaufs der fremden Sache, streitiger noch die Auslegung der Bestimmung selbst.[3]). Daß einzelne obligatorische Wirkungen eintreten, zeigt die Lehre von der Haftung für Eviktion. Daß keine anderen gegeben seien, soll aus der Unsittlichkeit des Verfügens über fremdes Vermögen folgen. Allein dies kann wohl in einzelnen Fällen möglich sein (Motive II S. 181), eine allgemeine Regel ist hieraus nicht abzuleiten. Die Verpflichtung zu einer nur aus dem Vermögen eines Andern möglichen Leistung ist für den Versprechenden subjektiv unmöglich, aber nicht unsittlich.

Eine hervorragende Rolle spielt der Vertrag, wodurch sich Jemand zur Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken verpflichtet; er ist ohne notarielle oder gerichtliche Form nichtig. Durch nachfolgende Auflassung und Eintragung zum Grundbuche wird er seinem ganzen Inhalte nach giltig (§ 351). Die Gründe, welche die Motive hierfür angeben, sind etwas abstrakt gehalten. Es wird die soziale Bedeutung des Grundeigenthums, das die natürliche Grundlage der Seßhaftigkeit der Bevölkerung ist, betont, auf die Bedeutung des Grundbesitzes für Lebensstellung und Beruf des Eigenthümers und auf die vielfachen mit dem Grund und Boden verknüpften, auf lange Dauer berechneten Rechte hingewiesen (Motive II S. 190). Trotzdem nun die Beschränkung des § 351 auf landwirthschaftliche Güter ausdrücklich abgelehnt wird, zeigt sich doch, wenn man die abstrakten Gründe in's Konkrete übersetzt, daß sie wesentlich auf landwirthschaftliche Verhältnisse passen. Hier liegt die Bedeutung der Seßhaftigkeit, hier die Verknüpfung des Berufs mit dem Boden, hier der Schwerpunkt der dinglichen beschränkten Rechte. Niemand zweifelt an einem gewaltigen Interesse des Staats an einem gesunden Bauernstande, aber ob mit dem Mittel des Formalismus des § 351 etwas geholfen ist, darüber mag man leicht verschiedener Meinung sein. All' die Gründe der Motive führen doch nur dazu, daß man bei Veräußerung wie Erwerb von Liegenschaften mit reiflichster

[2]) A. 1599: La vente de la chose d'autrui est nulle.

[3]) s. Kohler Gesammelte Abhandlungen S. 244 ff., F. K. Müller, Annalen der bad. Gerichte 39 S. 273, Laurent Principes du droit civil t. 24 Nr. 102.

Ueberlegung vorgehen soll. Das wäre aber bei allen Geschäften erwünscht, und wenn man dies Ziel auf dem Wege des Entwurfs verfolgt, so käme man zum Formenzwang, den die Motive zum ersten Buche (I S. 179) treffend ablehnen. Was dort betont wird, gilt auch hier, daß der Formenzwang ein zweischneidiges Schwert ist; nur in seltenen Fällen wird er den vorhandenen Mißständen begegnen. Wer leichtsinnig ist von Natur, der veräußert und erwirbt Liegenschaften auch notariell ohne Ueberlegung, ja er wird leicht in Sicherheit gewiegt, indem er glaubt, der Staat denke hier durch für ihn. Wer wanderlustig ist, der hält sein Wort und geht mit dem Erwerber zum Notar und Grundbuchamte, während andrerseits das Seßhaftwerden, der Erwerb der Liegenschaft, durch den Formzwang erschwert ist. Wer in wirthschaftlicher Nothlage ist und deshalb einem Güterschlächter oder -Aufkäufer in die Hände fällt, dem hilft die Ueberlegefrist nicht, denn die Fälle, wo in der Zwischenzeit der reiche Onkel aus Amerika kommt, sind doch wohl äußerst selten. Es bleiben nur die Geschäfte, die in momentanem Leichtsinne, in halber Trunkenheit, im Wirthshause ꝛc. geschlossen sind.[4]) Hier allerdings greift die Nichtigkeit mangels Form durch. Allein man braucht sich gar nicht auf den Standpunkt zu stellen, daß, wer leichtsinnig war, auch die Folgen tragen solle, man wird sich doch der Meinung nicht verschließen können, daß, für diesen speziellen Fall dem Verkehr eine soweit gehende Fessel anzulegen, nicht statthaft ist. Die Erinnerung an den Bären, der, um die Fliegen von der Stirne seines Haares zu jagen, sich einen Feldstein auf den Kopf wirft, liegt nahe, denn daß der Formzwang die mißlichsten Folgen hat, ist unbestreitbar. In den Städten ist der Verkehr mit Grundstücken ein reger, namentlich wo Fabrikation und Handel herrscht. Man zwingt die Kontrahenten, erst zum Notar, dann zum Grundbuchrichter zu gehen. Man gewöhnt die Vertragsschließenden daran, daß das gegebene Wort, selbst die schriftliche Zusage, nicht binde, ein Prinzip, das Rückschläge auf den Verkehr mit anderen Objekten befürchten läßt. Man giebt nicht nur dem

---

[4]) Nicht uninteressant ist in dieser Beziehung ein den badischen Ständen 1884 von den Abgeordneten v. Neubronn und Genossen vorgelegter Gesetzesentwurf „Kauf- und Tauschverträge über der Landwirthschaft dienende Liegenschaften betr.“ (s. 4. Beilageheft zu den Protokollen der 2. bad. Kammer 1883/84 S. 349 und S. 639). Um übereilten Verträgen, die ohne Prüfung und Ueberlegung von der ländlichen Bevölkerung geschlossen werden, vorzubeugen, sollte ein gesetzliches Rücktritts- (Reu-) Recht eingeführt werden. Der Entwurf scheiterte an der Ablehnung der 1. bad. Kammer.

Schwachen, Ueberlegungsbedürftigen, die Bedenkfrist, sondern noch weit mehr dem klugen Gegner, der sehr leicht aus dem Schilde des Schwachen noch eine Waffe gegen ihn macht. Ob das Risiko, das der Güterspekulant durch die Ungiltigkeit des formlosen Vertrags trägt, nicht einen Einfluß auf die Güterpreise ausübte, läßt sich nicht abstrakt entscheiden; daß es in einzelnen Fällen eintreten wird, erscheint sehr wahrscheinlich. Andrerseits ließe sich in den Fällen, bei denen, wie gezeigt, allein die Förmlichkeit von Nutzen wäre, wo ein Mißbrauch mit der Unerfahrenheit, Trunkenheit 2c. getrieben wurde, die Hilfe von der Rechtsprechung erwarten. Nur darf sich der Richter nicht besinnen, dem § 106 die entsprechende weite Auslegung zu geben und den unter Ausnützung einer schutzbedürftigen Lage geschlossenen Vertrag, als „gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung" verstoßend, für nichtig zu erklären. Ist dies nicht der Fall, dann bedarf der Vertragstheil auch keines gesetzlichen Schutzes. — Daß die Fassung des § 351, die nach den Motiven (II S. 191) „klar und einfach" ist, eine bedeutende Konstruktionsschwierigkeit bietet, mag hier nur gestreift werden, denn dies wäre kein Ablehnungsgrund für den Gesetzgeber; die Wissenschaft und Praxis mag zusehen, wie sie mit ihr fertig wird. Aber, wenn der nichtige Vertrag durch nachträgliche Eintragung, gegen das sonstige Prinzip voll und ganz giltig wird, was war er dann in der Zwischenzeit? Kommen wir nicht doch wieder auf das von den Motiven verworfene Reurecht, das wenigstens eine Handhabe für die Rechtsauffassung bot? Liegt ein Vertrag unter der Potestativbedingung „si voluero" vor? 2c. All' diese und ähnliche Fragen sind jedenfalls kein Empfehlungsbrief für § 351 und er bedürfte dessen sehr.

Der Inhalt der Schuldverhältnisse aus Verträgen.
(§ 359—§ 369.)

1. Das Rücktrittsrecht als Folge der Nichterfüllung beim gegenseitigen Vertrage.

Liegt ein Fixgeschäft vor, d. h. ist die Erfüllung an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer bestimmten Frist wesentlicher Bestandtheil des Vertrages,[5]) so ist im Falle der Nichterfüllung der

[5]) Urtheile des Reichsoberhandelsgerichts vom 24. März 1871 Bd. 2 S. 93, vom 28. Oktober 1871 Bd. 3 S. 275 2c., des Reichsgerichts vom 30. Januar 1880, Entscheidungen Bd. 1 S. 241. Die Idee des Fixgeschäfts ist für das Civilrecht dieselbe wie für das Handelsrecht.

Gläubiger zum Rücktritt berechtigt (§ 361). Dies gilt von allen, also insbesondere auch von den wechselseitigen Verträgen. Fehlt es hieran — und dies wird in weitaus den meisten Fällen des bürgerlichen Lebens der Fall sein — so ist das Rücktrittsrecht nur ausnahmsweise, nur in denselben Fällen gestattet, in denen der Gläubiger befugt ist, statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern (§ 240, § 247 Abs. 2, § 243, § 369). Beide Fälle laufen trotz der äußeren Trennung völlig parallel; nur, da die Letzteren bei allen Schuldverhältnissen möglich sind, die ersteren nur bei Rechtsgeschäften, stehen jene im Abschnitt I (§ 240, § 243, § 247), diese im Abschnitt II (§ 369) des Obligationenrechts. Der Gläubiger ist nach dem Entwurfe im Prinzipe nicht befugt, nach seiner Wahl statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten (§ 360). Eine Ausnahme hat statt, wenn

1. die Erfüllung durch Schuld des Verpflichteten unmöglich wurde. § 240, § 369 Abs. 1. Hier ist die Erfüllungsklage selbstredend unmöglich; eines Verzugs bedarf es nicht.

2. die Erfüllung noch möglich, aber der Schuldner in Verzug ist. Dann muß entweder

a) der Verzug ein qualifizirter sein, d. h. es muß nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Leistung trotz Setzung einer nochmaligen Frist unter Drohung, nach Ablauf der Frist die Leistung nicht mehr zu nehmen, der Schuldner die Erfüllung weigern (§ 243, § 369 Abs. 2)

b) oder der Gläubiger beweisen, daß die Leistung in Folge des Verzuges für ihn ohne Interesse ist (§ 247, § 369 Abs. 2).

Gegen dieses System des Entwurfs stehen erhebliche Bedenken. Einmal ist es komplizirt. Es stellt eine Regel auf und durchlöchert sie mit einer Reihe von Ausnahmen. Die Bestimmungen der §§ 243, 247, 369 rechnen, da die Wahl durch Parteierklärung geschehen soll, auf Verständniß des großen Publikums und doch ist nicht anzunehmen, daß dieses sich hier zu Recht finde. Zum Andern führt es zu praktischen Unzuträglichkeiten und Unbilligkeiten, die namentlich den Gläubiger, der eine Geldforderung hat, bedrücken; denn an dieser hat er stets ein Interesse. Bis aber der Verkäufer einer Sache, der froh wäre, wenn er, vom Vertrage zurücktretend, seine Waare wiederfordern dürfte, den umständlichen Weg des § 243 durchgeführt hat, haben ihm schon längst andere Gläubiger durch Pfändung sein Recht illusorisch gemacht.

Des Ferneren werden die einzelnen Fälle, in denen auf Grund des besonderen Theiles der Rücktritt — meist nur dieser — gestattet ist, und die, bei denen das Handelsrecht eingreift,[6]) zu Grenzverwirrungen und Streitigkeiten führen, und es wird nicht nur dem Laien unerfindlich sein, weßhalb in einem Falle der Rücktritt gewährt ist, im andern nicht. Der besondere Theil giebt bei der Mehrzahl der gesetzlich geregelten gegenseitigen Verträge ein Rücktrittsrecht. So sagen schon die Motive zu § 369 (II S. 211 Note 2), daß bei den auf dauernde Leistungen gerichteten Vertragsverhältnissen (Miethe, Dienstverträge u. s. w.) das Rücktrittsrecht dadurch, daß es nicht auf die Vergangenheit wirke, sich besonders gestalte. Dies ist richtig; allein es folgte hieraus nur die besondere Regelung des Rücktritts, wenn er gegeben ist, nicht aber, daß in all' diesen Fällen das Rücktritts- und Kündigungsrecht statthaft sein muß. Es findet sich aber in §§ 528, 529 (Miethe), 566 (Dienstvertrag), 648 (Gesellschaft). In einzelnen Fällen ist nicht einmal Verzug erfordert, und insofern dies gerechtfertigt ist, hätte trotz der Einführung einer den Rücktritt allgemein gestattenden Bestimmung die Spezialnorm ihre Bedeutung. Ein solch' weitgehendes Rücktrittsrecht, d. h. ohne das Erforderniß des Verzugs, giebt auch § 569 Abs. 4 beim Werkvertrag, aber nur dem Besteller. — Es bleiben also, da der Vergleich zufolge seiner Natur als Feststellungsakt von dem Rücktritt positivrechtlich auszunehmen wäre, nur der Kauf (Tausch) und der Werkvertrag bezüglich des Uebernehmers vom Rücktritt ausgeschlossen und auf die Fälle des § 369 beschränkt. Wie soll man es Jemand begreiflich machen, daß er, wenn er den Rock einschließlich Tuch beim Schneider bestellt, sogar im Falle des Verzugs, nur ausnahmsweise das Rücktrittsrecht hat, daß aber, wenn er selbst den Stoff liefert, es nicht einmal des Verzuges hierzu bedarf? Wird nicht in einer Reihe von Fällen die an sich schon schwierige Grenzfrage zwischen Kauf und Werkvertrag deshalb doppelt von Belang, wenn der Letztere so sehr bevorzugt ist? Nach § 568 (s. Motive II S. 475) liegt es in der Hand der Parteien, die Rechtsnormen über Werkvertrag und damit auch die des § 569 auf den Kauf der herzustellenden Sache auszudehnen und also damit ohne Weiteres das Rücktrittsrecht sich zu

[6]) Auf die Uebereinstimmung des bürgerlichen und des Handelsrechtes zur Vermeidung „einer bedenklichen Verwirrung und Rechtsunsicherheit" legen an anderen Stellen, bei der Frage, ob Formzwang oder Formlosigkeit der Verträge die Regel sein soll, die Motive (I S. 180) besonderes Gewicht.

verschaffen, und gerade dies zeigt, wie ungerechtfertigt und unmöglich diese strenge Scheidung ist. Für den Kauf selbst wiederum haben wir im H. G. B. Art. 354—357 Bestimmungen über das Rücktrittsrecht eines jeden Kontrahenten beim Verzuge des Gegners. Zufolge Art. 277 H. G. B. müssen diese Vorschriften Anwendung finden, auch wenn nur auf einer Seite ein Handelsgeschäft vorliegt, und damit ist für einen bedeutenden Theil unseres Verkehrs das Rücktrittsrecht beim Kaufe gegeben. Es bleibt für das bürgerliche Recht nur der Kauf zwischen Produzenten und Konsumenten. Der Gutsbesitzer oder Beamte kann vom Vertrage zurücktreten, wenn der Juwelier den bestellten Schmuck trotz Mahnung nicht schickt; der Baumeister, dem der Steinbruchbesitzer die verkauften Steine nicht liefert, bleibt dem bürgerlichen Rechte unterworfen und auf den Weg des § 369 Abs. 2 beschränkt. Der Rest des Gebietes, das für das bürgerliche Gesetzbuch und den § 369 bleibt, ist ein so geringer und enthält gerade die Fälle, bei denen häufig der Verkehr den Rücktritt fordert, daß die völlige Aufhebung der Regel des § 360 und die Erhebung der Ausnahme zur Regel geboten scheint.

Die Gründe, welche die Motive angeben, sind nicht durchgreifend und würdigen namentlich die auf dem Gebiete des französischen Rechtes gemachte Erfahrung nicht hinreichend. Sie verweisen einmal auf Windscheid. Allein an der zitirten Stelle (Pandekten II § 280 Note 1 6. Auflage S. 96) wird nur berichtet, aus dem fr. 24 § 4 D (9, 2) folge *für das römische Recht nicht mehr*, als daß der Gläubiger dann bei mora vom Vertrage abgehen dürfe, wenn die Leistung für ihn nicht mehr brauchbar sei. Daß dieses Interpretationsresultat für das heutige Recht nicht maßgebend sein kann, ist offensichtlich. Wenn zu § 360 (Motive II S. 198) erklärt wird, der Entwurf habe die dem französischen Rechte (dessen Art. 1184 ein Rücktrittsrecht kennt) entsprechende Auffassung vom Wesen des gegenseitigen Vertrages nicht adoptirt, so besteht die Abweichung in dieser Auffassung eben nur in dem Rücktrittsrechte. Wird endlich zu § 369 (Motive II S. 210) ausgeführt, der Rücktritt sei nur unter der Voraussetzung gegeben, daß „die Leistung zu Folge des Verzugs das Interesse für ihn (den Gläubiger) verloren hat, der Rücktritt in concreto durch das Interesse des Gläubigers also gerechtfertigt ist," so liegt hierin ein Gedankensprung. Denn ein anderes ist es, wenn das Interesse des Gläubigers den Rücktritt fordert, ein anderes, wenn die Leistung ohne Interesse für ihn ist. Das Erstere kann der Fall sein, wenn

das Letztere auch nicht gegeben ist [7]). Und gerade dieser Grund zeigt den Weg, der allein zum Ziele führt. Wann es das Interesse des Gläubigers fordert zurückzutreten, muß er allein beurtheilen. Daß dies nur dann der Fall sein solle, wenn er die Leistung nicht mehr brauchen kann, heißt ihn bevormunden, heißt ihm vor Allem eine Beweislast auflegen, die seine Lage verschlimmert.

Die Gewährung des Rechtes auf Rücktritt oder Schadensersatz statt der Erfüllung ist keine unbillige Begünstigung des Gläubigers. Nicht nur, daß beim gegenseitigen Vertrage jeder Theil Gläubiger und Schuldner ist, das Wahlrecht soll ja nur eintreten im Falle des Verzuges, d. h. einer schuldhaften Nichterfüllung. Dem vertragsbrüchigen Gegner brauche ich auch nicht das Wort zu halten. Das ist ein völlig gesunder, unserem Bewußtsein entsprechender Satz. Dies beweisen auch die mehr zitirten aa. 354 ff. H. G. B., beweist a. 1184 code civil, aa. 110 ff. des Schweizer Bundesgesetzes über das Obligationenrecht. Was die Praxis in den Ländern des französischen Rechtes an dem Art. 1184 aussetzt, ist das Erforderniß der Umstoßung des Vertrages durch Richterspruch, nicht durch die Parteierklärung und die Folge hieraus, die Möglichkeit der Erfüllung noch während des Prozesses einerseits, andrerseits die verkehrsstörende dingliche auflösende Wirkung. Das Prinzip des Rücktritts selbst hat sich trefflich bewährt [8]). Den ersteren Mangel vermeidet die Praxis schon heute, indem sehr häufig der Richterspruch nur als Bestätigung der früher erfolgten Parteierklärung erscheint; jedenfalls verschwindet er ganz, wenn das System des Handelsgesetzbuches und des Schweizer Gesetzes gewählt wird, das die einzelnen Fälle des deutschen Entwurfs verallgemeinert. Die dingliche Wirkung tritt nach § 427 des Entwurfs nicht ein, sondern nur eine obligatorische Verpflichtung zum Resti-

[7]) Interessant ist in dieser Hinsicht die gemeinrechtliche Praxis. Während z. B. der Ob. G. H. f. Bayern (Seuffert's Archiv 31 Nr. 126 S. 150) den Rücktritt nur dann gestattet, wenn die Leistung für den Gläubiger „ganz unnütz", gewährt ihn das Ob. G. Wolfenbüttel (eod. 33 Nr. 294 S. 404) dann, „wenn und insofern nach der Natur und den Verhältnissen des konkreten Falles anzunehmen, daß das Interesse des nichtsäumigen Kontrahenten die Aufhebung des Kontraktes fordere", also genau derselbe Gegensatz, der sich in dem zitirten Ausspruche der Motive findet.

[8]) Ein so offenbar dem Rechtsgefühl widersprechendes Urtheil, wie das des A. G. Celle (Seuffert's Archiv 35 Nr. 14 S. 19), wo der Verkäufer einer Liegenschaft, trotzdem die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Käufers erfolglos bleibt, gezwungen ist, am Kaufe festzuhalten, wäre hier undenkbar.

tuiren. Damit entfallen die Gegeneinreden gegen den Rücktritt, daß er auch die aufgehobenen Kaufprivilegien wieder einführe, daß er dem § 20 R. K. O. widerspreche u. s. w., denn all dies hat nur dann Bedeutung, wenn eine resolutio ex tunc eintrete.

Möglich wäre das Bedenken in der Hinsicht, daß der Gläubiger den Schuldner überrumpeln könne; er mahnt ihn, oder wenn der Tag der Erfüllung ohne daß ein Fixgeschäft vorliegt, ohne Leistung blieb, (§ 245 Abs. 2), unterbleibt auch dies, die Mahnung, und dann kündigt er, wenn nicht alsbald erfüllt ist, den Vertrag. Das H. G. B. giebt dem Schuldner das Recht der Nachlieferung; auf sein Ersuchen muß ihm eine Frist hierzu gegeben werden (a. 356 H. G. B.); auch wenn der Rücktritt ohne Weiteres erklärt ist, darf der Verkäufer noch liefern, wenn es in angemessener Zeit erfolgt, deshalb braucht ihm der Käufer die Nachfrist nicht ausdrücklich anzubieten[9]). Das Schweizer Bundesgesetz a. 122[10]) verlangt Setzen einer Frist mit der Drohung der Auflösung des Vertrages. Im Resultate kommen beide Gesetze auf dasselbe hinaus: dem Schuldner Zeit zu lassen, noch zu erfüllen. Für Beide lassen sich Gründe anführen, doch dürfte, abgesehen ganz von der hier erstrebten Gleichheit des Verkehrs, das handelsrechtliche vor dem schweizer deshalb den Vorzug verdienen, weil dieses Letztere leicht zum Formalismus führte. Wenn der Gläubiger seinen Rücktritt erklärte, so sind die Interessen des säumigen Schuldners hinreichend dadurch gewahrt, daß er noch binnen angemessener Frist erfüllen darf. Setzt der Gläubiger alsbald selbst eine Zeit hierfür fest, so hat er den Vortheil hieraus, daß er sicher weiß, die Sache ist erledigt; ihm diesen Vortheil aufzwingen, liegt kein Grund vor.

Daß der Schuldner, so lange der Gläubiger nicht erklärte, vom Vertrage abzustehen, oder statt der Erfüllung Schadensersatz zu fordern, noch leisten darf, ist selbstverständlich. Der Rücktritt ist ein Recht des Gläubigers, das er ausgeübt haben muß um dem Schuldner die Leistungsbefugniß zu entziehen. — Ob er durch längeres Zuwarten diesem Rechte präjudizirte, kann nur im einzelnen Falle fest-

---

[9]) Entscheidung des R. O. H. G. vom 6. März 1873 Bd. 8 Nr. 30 S. 125. Cosack Handelsrecht (1888) S. 152.

[10]) „Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Theil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung zu setzen — mit der Androhung, daß mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei."

gestellt werden; eine gesetzliche Regelung hierüber scheint nicht erforderlich.

Die Folge der allgemeinen Anerkennung des Rücktrittsrechts und Schadensersatzes ist dann vor Allem die Einfachheit der Bestimmung und die Erleichterung des Verkehrs. Ob dem Gläubiger damit gedient ist, muß er selbst entscheiden. Hält er aber die Annahme der Leistung nicht mehr in seinem Interesse, so muß er das Recht haben, ohne weiteren Nachweis hierüber, zu wählen. Es liegt auch hier der Fall vor, den der Entwurf mehrfach zeigt (z. B. § 278 Selbsthülfeverkauf, § 361 Fixgeschäft, § 465 Transportgefahr, § 470 ff. Kauf nach Probe und auf Probe u. s. w.), daß handelsrechtliche Normen zu allgemeinen werden, die überhaupt in der neueren Zeit mehrfach beobachtete[11]) Ausdehnung anfänglich handelsrechtlicher Ideen auf das bürgerliche Recht. Sie enthalten nichts spezifisch kaufmännisches, denn sie werden ja, wie oben gezeigt, in einer Reihe von Fällen auf Nicht-Kaufleute angewendet, nur daß im Handel der Verkehr zuerst nach Erleichterung und leichter Bewegung drängt. Ein Grund zur Beschränkung auf die Fälle, bei denen der Rücktretende noch nicht geleistet hat, liegt nicht vor. Gerade hier kann das Interesse des Gläubigers, der wenigstens, wenn er die Gegenleistung nicht erhält, seine Leistung wieder haben will, von besonderer Bedeutung werden. Auch da, wo der Entwurf das Rücktrittsrecht anerkennt, ist auf dieses Moment kein Gewicht gelegt. Zu § 569 (Motive II S. 480) werden die hieraus entstehenden Bedenken gegen den Rücktritt beim Werkvertrag zurückgewiesen, da ähnliche Schwierigkeiten mit der Ausübung des Rücktrittsrechtes stets verbunden seien. Man darf es getrost der Erwägung des Gläubigers überlassen, welchen der drei Wege er in diesem Falle einschlagen will.

Es wäre also § 369 entsprechend zu ändern. Während Abs. 1 bliebe, hätte Abs. 2 zu lauten: „Ist der Schuldner im Verzuge, so hat der Gläubiger die Wahl, die Leistung mit Schadensersatz wegen Verspätung der Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, oder vom Vertrage zurückzutreten. So lange als der

---

[11]) Cohn, drei rechtswissenschaftliche Vorträge S. 65: „Es ist eine eigenthümliche, aber nicht ableugbare Erscheinung, daß die Institute des Handelsrechts immer mehr und mehr zusammenschmelzen, daß die Rechtseinrichtungen, die der Handel zunächst nur für sich geschaffen, weiteren Kreisen zugänglich gemacht werden und in das allgemeine Verkehrsrecht treten." Regelsberger in Endemanns Handbuch des H. R. Bd. II S. 385.

Gläubiger nicht gewählt hat, kann der Schuldner noch erfüllen. Auf seinen Antrag ist, wenn nicht der Gläubiger durch den Verzug kein Interesse mehr an der Leistung hat, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Nachholung der Leistung zu geben."

Ob § 360, der sich dann nur auf einseitige Verträge beziehen kann, bleibt oder nicht, ist einerlei, ebenso wie §§ 243, 247 Abs. 2 für einseitige Verträge ihre Geltung behielten. Die besonderen Vorschriften des speziellen Theiles beständen daneben, da sie einmal die Folgen besonders gestalten, zum andern sich wegen der Voraussetzungen nicht decken.

2. Die Gefahr beim gegenseitigen Vertrage.

Die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache, die Unmöglichkeit der Leistung, trägt der Schuldner (§ 368 Motive II S. 205). Der Zufall befreit ihn von seiner Pflicht (§ 237), allein er erhält die Gegenleistung nur, wenn er selbst erfüllt. Dies soll — und hierin liegt die Bedeutung des in § 368 ausgesprochenen Grundsatzes — für alle, also insbesondere auch für die gegenseitigen Veräußerungsverträge, gelten. Für diese kennt das römische Recht bekanntlich die abweichende Regel, daß mit dem Abschlusse des Vertrags, wenigstens bei dem über eine Spezies, der Erwerber die Gefahr trage. Das Räthsel dieser Bestimmung ist nicht gelöst und wird wohl nicht endgiltig gelöst werden.[12]) Vielleicht befanden sich die Römer auf dem Wege zu dem Resultate des französischen Rechtes (a. 1583), der Verflüchtigung des dinglichen Vertrags und des Eigenthumsübergangs mit Vertragsschluß; sie hätten dann, vom Verkehre gedrängt, wenigstens ein Moment herausgehoben; der späteren Zeit mangelte die Fortbildungskraft und das halbfertige Gebilde erstarrte. Sei dem nun wie immer, jedenfalls ist das römische System eine Halbheit, eine juristische Inkonsequenz. Entweder es bedarf zum Erwerbe des veräußerten Rechtes noch eines, in besonderer Form zu schließenden, dinglichen Vertrages (Grundbucheintrag, Tradition), dann ist das germanische (preußisch-österreichische) System korrekt, daß bis zur Erfüllung der Schuldner die Gefahr trage, oder man verzichtet auf die besondere Form des dinglichen Vertrages, man läßt mit dem Kauf

---

[12]) S. z. B. Hofmann, das Periculum beim Kauf (1870) S. 8 ff. und die dortselbst gegebene Uebersicht der Meinungen. Windscheid, Pandekten II § 321 Note 19a (6. Aufl. S. 248).

das Recht sofort erwerben, dann folgt der Gefahrsübergang mit Abschluß des Kontrakts von selbst. Der Entwurf hat sich für die erste Möglichkeit entschlossen[13]) (§§ 868, 874, 828) und die Folge hieraus mußte § 368 sein.

Allein so schroff, wie es nach dem Wortlaute scheint, wird das Prinzip nicht durchgeführt.

Für den Kauf bestimmt § 463 zwar, als Konsequenz der Regel des § 368, daß der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Sache bis zur Uebergabe trage. Es soll darin, wie die Motive (II. S. 322) berichten, das Prinzip des § 368 der Wichtigkeit halber und weil für Grundstücke eine besondere Regelung nöthig ist, ausgedrückt sein. Für die letzteren bestimmt nun auch alsbald § 465 Abs. 2, daß wenn die Eintragung vor der Uebergabe erfolgte, jene die Gefahr übertrage. Die Gründe, welche für die Anknüpfung des gefahrübertragenden Momentes entweder an die Tradition oder die Auflassung sprechen, scheinen praktisch stichhaltig, nur ist fraglich, ob nicht die logische Anordnung eine umgekehrte sein müßte. Der Kauf ist Veräußerungsvertrag, er geht auf die Verpflichtung zur Verschaffung des verkauften Rechtes, also hier vor Allem auf Abschluß des dinglichen Vertrages und Grundbucheintrag. Die Pflicht zur Uebergabe ist eine sekundäre, eine Folge jener ersten. Das Prinzipale der Erfüllung ist die Eigenthumsverschaffung und mit dieser, als der Erfüllung, geht die Gefahr über. Die Ausnahme, das Verschieben des Ueberganges der Gefahr liegt in der Anknüpfung an den juristisch bedeutungslosen Uebergabeakt. Eine weitere Ausnahme zeigt aber auch der Mobiliarkauf. Der § 465, dem Art. 345 H. G. B. unmittelbar nachgebildet,[14]) knüpft den Gefahrsübergang beim Distanzkauf an die Uebergabe der Waare an den Spediteur, Frachtführer oder die sonst zur Transportausführung bestimmte Person. Daß hierin keine Tradition liegt, ist

[13]) Ueber den Eigenthumsübergang bei Mobilien ist viel gestritten. S. z. B. die Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages I 1 S. 113, I 2 S. 56, 163, II S. 56 ff., 243 ff. Kohler, der dingliche Vertrag (Annalen der badischen Gerichte 40 S. 232). Motive III S. 333 ff. Die Frage selbst steht hier nicht zur Prüfung.

[14]) Die Auslegungsregel für die Uebernahme der Transportkosten ist mit Recht nicht aufgenommen. Auch im Handelsverkehr hat sie nicht stets zu günstigen Resultaten geführt. Im bürgerlichen Leben muß es noch weit mehr im Einzelfalle festgestellt werden, was die Parteien wollen.

von den Motiven (II. S. 327) mit Recht betont. Es kann nur eine Traditionsofferte[15]) darin gesehen werden, eine Offerte des Abschlusses des dinglichen Vertrages. Geschieht die Uebergabe der Mobilien nicht unter Anwesenden, sondern durch die Hand eines Dritten, so sind zwei Fälle möglich. Der eine: der Dritte ist Stellvertreter des Einen oder Anderen der Parteien für den Abschluß des dinglichen Vertrages; dann findet entweder ein Abholen statt, d. h. die Erfüllung vollzieht sich beim Verkäufer oder ein Ueberbringen, die Leistung vollzieht sich beim Käufer; dort ist Erfüllungsort. Der andere: jener Dritte ist nur Vermittler; er spielt dieselbe Rolle für den dinglichen Vertrag, wie der Bote für den obligatorischen. Er ist kein Stellvertreter in Erklärung oder Willen, sondern Ueberbringer der Traditionsofferte des Verkäufers durch Ueberbringen der Sache. Daher kann dieser auch die Waare vor der Ablieferung jederzeit zurückrufen, denn die Offerte, die dem Gegner noch nicht zukam, ist widerruflich. Die Waare ist aber thatsächlich in den Händen des Mittelsmannes, also auf neutralem Boden, der sie der Kontrole des Einen wie des Anderen entzieht, und diese Schwebezeit ist es, für welche die Verkehrsauffassung auch dem Käufer die Gefahr auferlegt. Für beide konstatirte Ausnahmen, für Immobilien wie Fahrnisse, liegt nun aber keine aus dem Wesen des Kaufs als solchem folgende Regel vor. Wie die Transportgefahr für Mobilien von Handelsgeschäften auf alle Käufe ausgedehnt wurde (Motive II. S. 327), drängt der darin enthaltene Kern auf Loslösung von dem konkreten Falle; wie die Lehre von Eviktionshaftung und den heimlichen Mängeln vom Kauf in den allgemeinen Theil wanderten, muß auch hier dem allgemeinen Gedanken Ausdruck verliehen werden. Wenn A. dem B. einen Acker im Vergleichswege als Gegenleistung giebt, muß dann, damit die Gefahr übergehe, übergeben und aufgelassen sein? Wenn C. dem D. für geleistete Dienste, für eine gelieferte Arbeit, Fahrnisse übersendet, soll dann C. die Transportgefahr tragen, da die Tradition erst mit der Empfangnahme beendet ist? Was die §§ 563, 565 enthalten, fließt aus dem Wesen des Veräußerungsvertrages, nicht des Kaufaktes. Maßgebend ist bei den Immobilien die Uebergabe oder Auflassung, bei den Mobilien der Beginn der

---

[15]) Den juristischen Begriff derselben s. Sohm in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht 17 S. 19 (1872). Der Traditionsakt des Tradenten ist identisch mit der Traditionsofferte.

Tradition. Der § 368 Abs. 1 kann in seiner Fassung bleiben, aber dann folgten als Abs. 2 der jetzige § 463 Abs. 2 und als Abs. 3 der jetzige § 465 in entsprechend modifizirtem Wortlaute.

Eine weitere Frage, die nur angeregt werden sollte, wäre, ob nicht § 465 auf alle Traditionen unter Abwesenden, bei denen die Uebersendung durch einen unparteiischen Mittelsmann geschieht, anwendbar ist, also ohne die Uebersendung „an einen andern Ort". Der Fall der „Uebersendung" am selben Orte ist nicht allzu häufig, meist liegt ein Bringen oder Holen vor, aber, namentlich in größeren Städten, tritt doch auch der Fall ein, daß der Verkäufer sich der Post u. s. w. bedient. — Handelt es sich um Veräußerung eines Rechtes an der Sache, so muß dasselbe gelten, wie ja auch schon aus § 459 Abs. 1 sich ergiebt.

3. Die Erfüllung Zug um Zug.

Daß beim gegenseitigen Vertrage Zug um Zug (§ 362) zu leisten, ist etwas allen Juristen Selbstverständliches. Daß der aus einem solchen Kontrakte Verklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat, wenn er sich nicht zur Vorleistung verpflichtete oder die Leistung schon empfing (§ 364), bedarf kaum der Erwähnung. Beachtlich scheint Folgendes:

a) Der § 363 statuirt bei einer Mehrheit von Subjekten auf der einen oder anderen Seite eine Vermuthung der Untheilbarkeit der dem einen Gegner zu erbringenden Gegenleistung, also eine Ausnahme des im § 321 statuirten Satzes, daß Jeder nur für seinen Theil berechtigt und verpflichtet sei. Jeder der mehreren Berechtigten kann seinen Antheil nur fordern, wenn er die volle Gegenleistung bewirkt. Die Motive (S. 201) berufen sich als Grund hierfür auf „Natur und Intention" der gegenseitigen Verträge. Als Vorbild diente fr. 21 § 8 D (21,1), Sächs. B. G. B. § 1099 und Dresdener Entwurf a. 427, 436. Die citirten Stellen handeln sämmtlich vom Kaufe, und wenn oben die Ausdehnung der Vorschriften über den Gefahrsübergang beim Kaufe angeregt wurde, so ist hier das Bedenken nicht zu unterdrücken, ob nicht in diesem Falle das bewegende Moment in der Einheit der Sache beim Kaufe liege. Wenn die Motive (II. S. 202) ausführen, es handle sich um keine absolute Norm, so ist dies für das Obligationenrecht selbstverständlich. Allein der § 363 hat denn doch die Bedeutung, daß die bei dem Kaufe aus der Einheit des Objektes gefolgerte Einheit des Vertrages und daher

anzunehmende Untheilbarkeit der Obligation für alle Schuldverhältnisse besteht, für die nicht das Gegentheil erwiesen ist. Für eine derartige Vermuthung bietet aber die Natur des gegenseitigen Vertrages als solchen keinen Raum. Entscheidend kann nur der Wille der Parteien sein und dieser ist jeweils im einzelnen Falle festzustellen. Nur dann, wenn auf der einen oder anderen Seite eine nach dem Parteiwillen einheitliche Leistung vorliegt, kann keine Theilung erfolgen. Dies ist auch das in §§ 339, 340 ausgesprochene Prinzip. Ist durch den Parteiwillen die Theilbarkeit ausgeschlossen, so muß die Mehrheit der Schuldner die Leistung ganz erbringen, denn sonst liegt keine Erfüllung vor. Sind auf Seite der Gläubiger Mehrere, so wendet der von einem belangte Schuldner ein, daß er seine untheilbare Leistung nur Allen zu erbringen brauche, also eine Art Einrede der mangelnden Aktiv- und Passivlegitimation. Dies ist aber nichts dem gegenseitigen Vertrage Eigenthümliches; es folgt nicht aus dessen Intentionen, sondern nur jeweils aus dem einzelnen Kontrakte. Hierfür genügen aber die §§ 339, 340 vollständig und § 363, der durch seine Präsumtion leicht irreführt und in der Praxis zu einer Ausdehnung der Einheit führen dürfte, die nicht gewollt ist, wäre zu streichen.

b) Wohlthätig sind die Vorschriften über die prozessuale Geltendmachung der gegenseitigen Kontrakte. Auch ohne geleistet zu haben, ist Antrag auf Urtheil, Zug um Zug zu leisten, statthaft. Das ergangene Urtheil ist vollstreckbar, die Leistung erzwingbar, auch ohne daß der Gerichtsvollzieher in die Lage gesetzt werden muß, während er die Leistung erzwingt, für oder mit dem Kläger die Gegenleistung zu bewirken. Nur fordert allerdings Abs. 2 des § 365, der Beklagte müsse in Annahmeverzug sein, d. h. es muß ihm thatsächlich die Gegenleistung für seine Leistung angeboten sein, falls nicht der Fall des § 255 Z. 1 vorliegt, so daß also die Vollstreckung von dieser Rechtshandlung abhängt. Nach der projektirten Abänderung der C. P. O. (s. Note 1 zu § 365) bedarf es zur Erwirkung der Vollstreckungsklausel nicht des Nachweises des Annahmeverzugs des Schuldners, und es steht diese Thatsache der in § 664 C. P. O. erwähnten der vorgängigen Sicherheitsleistung gleich und wird, wie diese, dem Gerichtsvollzieher zu erweisen sein. Praktisch wird sich also, wenn es sich namentlich um Leistungen handelt, die ein Dritter erbringen kann, die Sache häufig so gestalten, daß erst der Vollstreckungsbeamte den Schuldner durch Anbieten in Annahmeverzug

setzt; denn auch das gleichzeitige Eintreten desselben mit der Vollstreckung muß statthaft sein. Nur da, wo die Ertheilung der Vollstreckungsklausel selbst die Vollstreckung ist, d. h. wo es sich um Abgabe einer Willenserklärung des Schuldners handelt (§§ 779, 664 C. P. O.), ist durch öffentliche Urkunde der Beweis des Annahmeverzugs zu führen, d. h. man wird also durch Gerichtsvollzieher oder Notar in Praxi die Gegenleistung offeriren, um sich hierdurch die Vollstreckung sofort zu sichern. Der Weg ist einfach, praktisch und gerecht.

c. Daß endlich die einmal als Erfüllung angenommene Leistung auch eine solche bleibt, daß die oft in der Praxis aus Mängeln, die sich nachher zeigten, abgeleitete Einrede des nichterfüllten Vertrages abgeschnitten und dem Empfänger die Beweislast obliegt, mag vielleicht nicht ganz logisch konsequent sein; aber die Bestimmung kommt einem Bedürfnisse entgegen, und mag man auch sagen, wer mangelhaft erfüllt, hat nicht erfüllt, so kann dies dem Verlangen, den Veräußerer zu schützen, nicht entgegen sein. Auch wo der Empfänger von dem Rechte des § 398 Gebrauch macht und bei einer nur der Gattung nach bestimmten Leistung infolge eines aufgetretenen Fehlers anderweite Erfüllung fordert, wird ihn die Beweislast der Fehler treffen. Durch Ausübung dieses Rechtes wie auch der Wandelklage wird dem Beklagten ebenfalls gestattet, die Leistung zu weigern; er wird aber in eine mehr aktive Rolle gedrängt, die ein stärkeres Erfassen und Beschließen fordert.

Gewährleistung des veräußerten Rechtes.

(§ 370 bis § 386.)

Den Inhalt einer jeden Obligation bildet die Bewirkung der dem Schuldner obliegenden Leistung. Bei Veräußerungsverträgen verpflichtet er sich, ein aktives Recht in das Vermögen des Gläubigers zu übertragen. Das Recht kann obligatorischer Natur (Forderungsrechte an Dritte), kann dinglicher Art sein. Von jener Rechtsübertragung handelt § 298 ff. (Uebertragung der Forderung), von dieser § 370 ff. (Gewährleistung des veräußerten Rechtes).

Die Eviktionslehre des Entwurfs ist die römische; zwar folgt § 370 der modernen Strömung darin, daß er den Veräußerer zur Verschaffung des veräußerten Rechtes verpflichtet, nicht bloß wie das römische Recht dem Verkäufer das habere licere praestare auflegt; aber die Voraussetzung (evictio § 374) und die Folgen (§ 377) sind die römischen.

Das Gesetz hat zwei Möglichkeiten berücksichtigt, durch welche der Schuldner seinem Versprechen nicht nachkomme; entweder er kann das veräußerte Recht überhaupt nicht verschaffen (§ 370), oder er überträgt es zwar, aber mit Rechten an der Sache und auf die Sache, die gegen den dritten Erwerber gehen, also als belastetes Recht. Genauer (arg. § 373 Abs. 2) läßt sich folgende Scheidung machen:

I. Das veräußerte Recht kann nicht übertragen werden, sei es, daß es der Veräußerer überhaupt nicht besitzt, sei es, daß er nicht darüber verfügen darf.

II. Es wird übertragen, aber es ruhen Rechte Dritter darauf, die
   1. das Recht zwar nicht vernichten, den Gebrauch aber hindern oder einschränken (Rechte an der fremden Sache), oder solche, die
   2. im Stande sind, es völlig zu vernichten, die aber, ehe sie geltend gemacht sind, den Gebrauch nicht hindern (Pfandrecht, Grundschuld, dingliches Vorkaufsrecht, Resolutivbedingung).

Für all' diese drei Fälle bestimmt der Entwurf gleichmäßig, sobald das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist (§ 375, 376), kann der Erwerber vollen Schadensersatz fordern. Bis dahin, sofern der dingliche Vertrag wenigstens formell geschlossen, ist diese Klage gehemmt; der Erwerber begnügt sich mit der Verweigerung der ihm obliegenden Gegenleistung. Im römischen Rechte Folge des Systems, wird dieser Satz hier als Ausnahme von den allgemeinen Regeln über die Nichterfüllung erscheinen; „aus Gründen der Praktikabilität und einer gewissen Billigkeitsrücksicht gegen den Veräußerer" sagen die Motive zu § 374 (II. S. 217); an anderer Stelle wird als der Hauptübelstand, der sich an das reine Verschaffungsprinzip knüpft, der Schwierigkeit der Berechnung des zu erstattenden Interesses gedacht (zu § 374 II. S. 217). Ist der dingliche Vertrag nicht abgeschlossen, die Mobilien nicht tradirt, der Grundbuchseintrag nicht erfolgt, so bleibt es bei den gewöhnlichen Grundsätzen für den Fall der Nichterfüllung: Schadensersatz und Rücktritt.

Jegliches Recht aus der Entwehrung fällt fort, sobald der Erwerber bei Schließung des Vertrages den Mangel kannte (§ 373), ausgenommen den Fall der Hypothek oder Grundschuld.

Es fragt sich nun, ob diese Wirkungen, wie sie hier kurz skizzirt, auf alle drei obigen Gruppen gleichmäßige Anwendung verdienen.

I. Das Recht, das veräußert wird, ist, trotz des formell vorhandenen dinglichen Vertrages, nicht übertragen.

Die Römer geben für solche Fälle vollen Schadensersatz, aber erst für den Fall der evictio. Der Verkäufer steht für das habere licere ein. Dies ist offenbar eine Folge des römischen Eigenthumssystems. Durch Tradition vom non dominus kann nie Eigenthum erworben werden. Auch der gutgläubigste Besitzer unterliegt der Klage des Eigenthümers. Ubi rem meam invenio, ibi vindico. Der Erwerber muß sich mit der Verschaffung des publizianischen Besitzes und der Ersitzungsmöglichkeit, also mit dem habere licere, begnügen. Das Erfahren des Rechtes des Dritten giebt noch keinen Raum für die Schadensersatzklage, denn mala fides superveniens schadet der Ersitzung nicht. Mußte aber der Erwerber die Sache hergeben, dann fordert er auch die Folgen der Garantie für den Erwerb des Rechtes, seinen Schadensersatz. Ob jene Art der Verpflichtung des Verkäufers die Folge der erst aus praktischen Gründen angenommenen Suspension war oder umgekehrt diese aus jener folgte, ist wohl kaum festzustellen. Thatsächlich bildet das römische System einen untrennbaren Theil der Prinzipien über den Eigenthumserwerb und das relativ bessere Recht. Die römische Eviktionslehre ist die Konsequenz der römischen Eigenthumstheorie. Das heutige Recht, wie es der Entwurf wiedergiebt, kennt ein ganz anderes sachenrechtliches System, es ist durchaus deutschrechtlich, und damit fehlt jene Grundlage für die Konsequenz des römischen Rechtes.

Die Motive erwähnen die Divergenz zwischen römischem und deutschem Sachenrechte nur, um daraus zu folgern, daß die Evictionslehre nicht mehr die Bedeutung wie im römischen Rechte habe (Motive II S. 213). Es wird sich aber bei eingehender Betrachtung zeigen, daß diese Verschiedenheit des Sachenrechtes vom römischen zu einem andern Obligationenrechte führt. Rechte an Grundstücken, vom Volleigenthum bis zur kleinsten Wegservitut, können nur durch Auflassung und Eintrag in das Grundbuch erworben werden (§ 828, Motive III S. 158, § 874). Maßgebend für den Erwerb ist der Inhalt des Grundbuches (§ 837 Motive III S. 210 ff.). Auch wenn der Veräußerer nicht veräußerungsbefugt ist, sei es, daß ihm selbst nicht das zu Grunde liegende Recht zusteht, sei es, daß ihm die wirksame Verfügung verboten, er aber buchmäßig als Subjekt des Rechtes erscheint, das Veräußerungsverbot (einstweilige Verfügung) nicht eingetragen ist (Motive I S. 213), entsteht auf Grund der

Publizität des Grundbuches das Recht in der Person des Erwerbers. Nur wenn dieser die nicht aus dem Grundbuche ersichtlichen Thatsachen kannte, aus denen sich die Nichtübereinstimmung des Grundbuches mit der wirklichen Rechtslage ergiebt, ist der Erwerb unmöglich. Nach dem Plane der Grundbuchordnung kann andrerseits nur der eingetragene Berechtigte die Eintragung bewilligen (Note 2 f zu § 828). Ist also den formellen Erfordernissen genügt, von welchen der Erwerb des dem Erwerber zu verschaffenden Rechtes abhängt, d. h. ist auf Grund der Einwilligung des als berechtigt Eingetragenen die Eintragung des veräußerten Rechtes auf den Erwerber erfolgt, so ist damit auch das Recht erworben und für Entwehrung und Schadensersatz kein Raum. In dem einzigen Falle, in dem der Erwerb unterbleibt, dem der Kenntniß von dem Rechte des Dritten, versagt § 373 Abs. 1 ebenfalls die Entwehrungsklage.

Rechte an Mobilien erwirbt man durch Uebergabe der Sachen unter gleichzeitigem dinglichen Vertrage (§§ 874, 983, 1147). Fehlt es an der rechtlichen Grundlage des Veräußerers, so erhält der Erwerber dennoch das ihm veräußerte Recht, wenn er in gutem Glauben ist, d. h. nicht zufolge grober Fahrlässigkeit den Mangel des Rechtes des Veräußerers nicht kannte (§§ 877, 1147 Abs. 2),[16]) es sei denn, daß es sich um eine gestohlene, verlorene oder sonst ohne den Willen des Innehabenden in dessen Innehabung gekommene Sache dreht (§§ 879, 1147 Abs. 2). In letzterem Falle kann nur durch 10jährige Ersitzung, die aber fortwährenden guten Glauben verlangt, das Recht erworben werden. Es bleiben also hier zwei Fälle für die Entwehrung, einmal der Erwerber kannte grob fahrlässig die Rechte der Dritten nicht, oder die Sache ist res furtiva. Für den ersten Fall geht das System des Entwurfs zu weit, für den zweiten nicht weit genug.

Die Motive zu § 877 (III S. 346) betonen, daß für die Mobilien eine Erschwerung gegenüber den Immobilien statuirt sei. Eine strenge Diligenzpflicht dürfe man von dem Erwerber nicht fordern, wohl aber kann man verlangen, daß derselbe, wenn Anlaß zu weiteren

---

[16]) Auf den Nießbrauch soll nach § 983 Abs. 2 (Motive III. S. 496) der Erwerb bona fide nicht ausgedehnt werden. Meines Erachtens mit Unrecht, da das Verkehrsbedürfniß dasselbe ist, wie beim Eigenthum, und insbesondere die Analogie des Rechts an Grundstücken dafür spricht. Daß der Nießbrauch meist unentgeltlich bestellt wird, kann nicht von Bedeutung sein, da der Entwurf prinzipiell die Vertragsursachen für unerheblich erklärt.

Nachforschungen vorliegt, einen solchen Anlaß nicht grob fahrlässiger Weise unberücksichtigt läßt. Grobe Fahrlässigkeit ist zufolge § 146 Abs. 2 eine besonders schwere Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters[17]). In diesem Falle dem Erwerber, falls nicht der Veräußerer bewußt ihm eine fremde Sache giebt, den vollen Schadensersatzanspruch zuzubilligen, liegt kein Grund vor; dolus semper praestatur (§ 380 Abs. 2); allein wenn auf beiden Seiten eine mindestens gleiche Fahrlässigkeit steht, wäre die Belastung des Veräußeres unbillig (s. auch arg. § 345). Anders bei der gestohlenen Sache. Bei der römischen (außerordentlichen) Ersitzung schadet es nichts, wenn der Ersitzende das Recht des Dritten erfuhr; er mochte ruhig weiter besitzen und erst die Entreißung des Besitzes schloß den Rechtserwerb aus. Wenn aber zufolge § 886 die Ersitzung des Eigenthums der res furtiva durch Kenntniß ausgeschlossen ist, so muß dies der entscheidende Moment zur Geltendmachung der Rechte gegen den Veräußerer sein. Die Billigkeit gegen den Veräußerer wird zur Härte gegen den Erwerber. Jedem rechtlichen Manne sagt sein Gefühl, daß, wenn er entdeckt, die Sache ist gestohlen, verloren, er sie nicht länger in Besitz behalten will; er bringt sie seinem Veräußerer wieder und fordert seinen Ersatz. Daß er warten soll, bis ihm die Sache fortgenommen ist, kann man ihm auch um deßwillen nicht zumuthen, weil er weiß, er werde niemals Eigenthümer werden. Wenn er auch dem Vindikanten gegenüber gemäß § 939, 940 Ersatz seiner Aufwendung auf den Erwerb fordern darf, so genügt dies einmal für ihn nicht, denn es ersetzt sein Recht nicht, ist zum andern für den Veräußerer unerheblich, denn dann muß er dem Eigenthümer gemäß § 939 Abs. 3, § 880 haften.

Das Resultat der Einzeluntersuchung ist also, daß bei Immobilien überhaupt der Fall des § 374 Satz 2 nicht vorkommt, daß bei Mobilien in den möglichen Fällen der Entwehrung die Bestimmungen der §§ 374, 377 nicht passen.

II. Der § 371 stellt die Belastung des Rechtes dem Fall der Nichtverschaffung gleich. Die Motive zu § 371 erklären einfach, ein Mangel im Rechte des Veräußerers liegt auch vor, wenn Rechte an die Sache 2c. bestehen, die der Dritte gegen den Erwerber geltend machen kann (S. 214). Weshalb diese Gleichstellung erfolgt, ist nicht

[17]) Ueber die Angemessenheit dieser Definirung s. Hölder, Arch. f. C. P. 73 S. 130 ff.

näher begründet. Die geschichtliche Entwickelung und das praktische Bedürfniß sprechen gegen die Parallele. Ob das römische und gemeine Recht überhaupt eine Relevanz von Rechten Dritter, insbesondere Servituten an dem veräußerten Objekt, kennt, ist streitig; wer sie aber anerkennt, giebt nur die ädilizischen Rechtsmittel.[18]) Das preuß. A. L. R., dessen Bestimmungen an Klarheit allerdings viel zu wünschen lassen, vermischt zwar die Haftung für Servituten scheinbar mit der für Entwehrung (I 11 §§ 183, 188 ff.), und doch behandelt die Praxis die Servituten als Mängel und wendet die ädilizischen Rechtsmittel an.[19]) Auf dem Gebiete des französischen Rechtes war das der Kodifizirung vorhergehende Recht durchaus römisch, d. h. es gab schlechthin die ädilizischen Klagen bei Servituten;[20]) die Verfasser des a. 1638 code civil entnahmen die betreffende Stelle aus Pothier, setzten sie aber ohne einen Grund dafür anzugeben[21]) unter den Titel „de la garantie en cas d'eviction," unmittelbar hinter den in a. 1637 behandelten Fall der theilweisen Entwehrung. Aber schon der Wortlaut verträgt sich nicht mit der Stellung, denn er giebt Rücktrittsrecht, wenn der Käufer bei Kenntniß der Servitut das Grundstück nicht erworben hätte, andernfalls „une indemnité". Und diese letztere faßten lange, trotz der widersprechenden Analogie der Eviktionslehre, die bedeutendsten Juristen als die actio quanti minoris auf.[22]) Also trotz der bewußten oder unbewußten Annäherung des Gesetzes an die Eviktionslehre drängt die Praxis auf den römischen Standpunkt, d. h. die Betrachtung der Lasten als geheime Mängel der Sache. Sie sind allerdings keine Mängel der Sache gleich der Krankheit etwa eines verkauften Thieres, aber sie sind ebensowenig Mängel im Rechte des Veräußerers, welche die Verschaffung des

[18]) Windscheid II § 391 Note 28 (S. 503 der 6. Aufl.) und die daselbst Zitirten. fr. 61 D. (21,1), Ob. G. H. f. Bayern in Seuffert's Archiv 37 Nr. 201 S. 283.

[19]) Koch Recht der Forderungen II S. 423 Note 24. Kommentar zum A. L. Bd. V S. 183 Note 27. Dernburg preuß. Privatrecht III S. 363. Foerster-Eccius Theorie und Praxis des preuß. Privatrechts 4. Bd. I S. 586.

[20]) Pothier traité de la vente I Nr. 201 pag. 213.

[21]) Das Einzige, was sich findet, ist eine Bemerkung des Tribunen Faure im rapport au tribunat (Poncelet I pag. 605), die aber hierüber nichts sagt.

[22]) Ich verweise z. B. nur auf Troplong traité de la vente Nr. 534. Die Opposition von Laurent principes t. 24 Nr. 272, 274 ist an sich richtig. Thatsächlich zeigt aber die andere Auslegung den Widerstand gegen den gesetzgeberischen Fehler.

veräußerten Rechtes hinderten. Sie bilden eine selbstständige Gruppe, deren rechtliche Beurtheilung nach Seite der für heimliche Mängel aufgestellten Regeln neigt.

Es kann sich hierbei nur um Grundstücke handeln. An den Mobilien bestehen keine derartigen Lasten; Rechte Dritter aus Nutznießung (wie auch aus Pfandvertrag) müssen bei dem Erwerb bona fide erlöschen; was oben von der groben Fahrlässigkeit des Erwerbers gesagt ist, gilt auch hier. Bei dem Grundstück ist das Recht, sei es Nutznießung oder sonstige Servitut nur wirksam, wenn es eingetragen ist. Wenn man also nicht mit dem Dresdener Entwurfe a. 157 Abs. 2, Oesterreich. B. G. B. § 928 aus diesem Grunde die Haftung für die in öffentlichen Büchern eingetragenen Lasten völlig verneinen will (s. hierüber Motive II S. 371), so ist und bleibt doch der Gedanke maßgebend, daß der Veräußerer erfüllte, wenn auch in mangelhafter Weise. Er übertrug das Eigenthum, wenn auch belastet,[23]) wie er die Sache ausfolgte, die er verkaufte, wenn sie auch fehlerbehaftet ist. Weshalb soll im ersteren Falle — stets abgesehen vom Dolus, der ja auch bei heimlichen Mängeln durchgreift (§ 385) — der Erwerber sich nicht gleichfalls mit dem Rücktritts- oder Minderungsrechte begnügen müssen? Dem Verkehrsbedürfniß genügt es, daß auf diese Weise für ihn gesorgt wird, umsomehr, wenn man (s. unten) auch bei den heimlichen Mängeln bei kulposem Verhalten des Veräußerers, dem kein gleiches Verschulden des Erwerbers entgegen steht, den Schadensersatz gewährt. Der Erwerber weiß, daß alle Lasten im Grundbuche stehen müssen; es bedarf, um sich volle Gewißheit zu verschaffen, nur eines Ganges zum Grundbuchamt. Verläßt er sich völlig auf seinen Gegner und die ihm, aber nur beim Verkaufe, obliegende Pflicht zur Mittheilung über die Lasten, dann wird es sich eben fragen, wessen Schuld überwiegt, um die Schadensersatzpflicht aufzustellen. Jedenfalls fehlt die Grundlage, die sich für die Nichtverschaffung des Rechtes findet, die Nichterfüllung.

Es wäre § 371 zu streichen und am Schlusse der Lehre von den heimlichen Mängeln hinter § 398 einzufügen: „Die Bestimmungen der vorstehenden §§ 381 bis 398 finden entsprechende Anwendung, wenn eine veräußerte Sache oder ein veräußertes Recht mit Rechten

[23]) Daß die Servitut kein Stück des Eigenthums ist, kein „démembrement", wie es noch Laurent a. a. O. nennt, so daß nur noch ein zerstückeltes Eigenthum übertragen wird, dürfte jetzt feststehen, s. Windscheid I § 200 Note 3.

eines Dritten, welche gegen den Erwerber geltend gemacht werden können, belastet ist."

III. Anders steht es mit der dritten Gruppe (II 2) und den Fällen, welche weder die Entstehung noch die Ausübung des veräußerten Rechtes hindern, die aber im Falle ihrer Ausübung das Recht wieder vernichten. Sie zeichnen sich dadurch aus, daß der Erwerber sie nicht kennt, daß ihn jedenfalls die Kenntniß vom Erwerbe nicht abschreckt, weil er die Nichtausübung annimmt und die Bewirkung des Nichtgebrauchs durch den Veräußerer erwartet. Es sind dies wesentlich die Hypothek- und Grundschulden, für welche schon § 373 Abs. 2 die Unerheblichkeit der Kenntniß des Erwerbers statuirt. Hinzuzufügen wäre der Fall des im Sachenrecht mit ähnlicher Wirkung ausgestatteten dinglichen Vorkaufsrechtes und das Rückfallsrecht bei eingetragener Resolutivbedingung. Auch das dingliche Vorkaufsrecht erzeugt kein Veräußerungsverbot, es hemmt auch die Ausübung des erworbenen Eigenthums nicht, aber es giebt dem Vorkaufsberechtigten ein Recht, gegenüber jedem Erwerber die Auslieferung zu fordern. Auf die Ausübung des Vorkaufsrechtes braucht der Erwerber nicht zu rechnen (Motive III S. 458 Note 3), er darf also, wenn der Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch macht und ihm das Eigenthum wieder entzieht, gleich dem Falle der Hypothek gegen seinen Veräußerer vorgehen. Und ein ähnliches Geschäft liegt bei der auflösenden Bedingung vor. Ruht eine Pfandlast oder Grundschuld auf der Liegenschaft, so wird vielfach sie auf die Gegenleistung eingerechnet, vom Erwerber als Theil seiner Leistung übernommen werden (§ 318 Abs. 2, Motive II S. 148). Alsdann kann von einer Haftpflicht des Veräußerers keine Rede sein, denn ihm ist vielmehr der Erwerber verpflichtet, dafür zu sorgen, daß er (Veräußerer) von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen werde. Ist aber eine solche Abrede im Vertrage nicht getroffen, so besteht zwar keine Pflicht des Veräußerers, die Liegenschaft hypothekenfrei zu machen, wohl aber kommt er dafür auf, daß der Gläubiger gegen den Erwerber nicht vorgehe. Hier also ist die Entschädigungsklage des § 377 völlig am Platze. Hier ist die Lage, wie sie im römischen Rechte war. Der Erwerber weiß, er hat nur hypothekenbeschwertes Eigenthum erhalten; allein, wie im römischen Rechte durch die Ersitzung, hofft er hier durch anderweite Erledigung Freiheit der Sache zu erlangen. Ehe das Recht ausgeübt ist, drückt es ihn nicht; er wartet bis zur Hypothekenklage. Erfolgt sie, dann muß sein Veräußerer für alle Folgen einstehen.

Zutreffend ist es daher, wenn das Gesetz für den Fall der Hypothek das Wissen von derselben, der Verkehrsauffassung folgend, nicht als Ausschließungsgrund für die Entschädigung erklärt. Ob man diesen Satz auf die anderen Fälle ausdehnen darf, bei Verkauf und Resolutivbedingung dasselbe sagen, ist zweifelhaft. Hier liegt im Gegentheil die Vermuthung näher, daß der Erwerber, der trotz dieser Rechte Dritter erwirbt, die Gefahr der Ausübung derselben auf sich nimmt, besondere Vertragsabrede vorbehalten.

Die Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache.

(§ 381 bis § 411.)

I. Die §§ 381—398 reproduziren das Edikt der Aedilen in seiner modernen Form. Noch über die gemeinrechtliche Praxis hinaus werden sämmtliche Veräußerungen einer Sache, soweit sie keine Schenkung enthalten, von den Regeln über die Folgen der heimlichen Mängel ergriffen. Das ist die eine Erweiterung des Edikts und seiner Nachfolger. Die andere sanktionirt nur eine bereits bestehende Praxis, indem sie auch die generellen Verträge in ihren Bereich zieht (§ 398). Sonst ist die Materie die gleiche, insbesondere sind die Mittel: Wandelklage und Minderungsklage bei einfachem Vorhandensein der Fehler, bei wissentlichem Verschweigen und besonderer Zusage Schadensersatz, dieselben, wie im Systeme des corpus iuris und der modernen Rechte. Für den Thierhandel gilt das deutschrechtliche Prinzip. Es fragt sich:

1. Ob diese ädilizischen Klagen sich mit der weitgehenden Ausdehnung des § 381 auf alle Veräußerungsverträge in Einklang bringen lassen. Will man die Minderungsklage anwenden, so sagt § 392, daß die dem Erwerber obliegende G e g e n l e i s t u n g verhältnißmäßig herabzusetzen ist, setzt also das Vorhandensein einer Gegenleistung und demnach eines gegenseitigen Vertrages, bei dem für die Veräußerung der Sache ein Aequivalent gegeben wird, voraus. Und obwohl Gesetz und Motive schweigen, folgt doch aus § 392 eine Einschränkung des § 381. Aber auch bei den gegenseitigen Verträgen macht die Anwendung der Wandelung und Minderung Schwierigkeit. Der Aedil gab sie für den speziellen Marktkauf; auf den Kauf selbst beschränkt sich die römische Ausdehnung; sie ließ den Kaufpreis mindern oder zurückgeben, eine höchst einfache Arbeit. Wie aber, wenn die Gegenleistung in Anderem als Geld, wenn sie in einer

untheilbaren Sache oder gar in Diensten, in dem Gebrauche von Sachen (Miethe) oder Beiden gemischt (Gesellschaft) besteht, wenn, wie beim Vergleiche eine Anerkennung oder Verzicht das Aequivalent bildet? Für die Durchführung der Wandelung verweist § 387 auf die Regeln vom Rücktritt § 427 ff., die mit zwei, hier nicht in Betracht kommenden, Modifikationen anwendbar sind. Dort wird aber nur die Verpflichtung, dem andern Theile die empfangenen Leistungen zurückzugeben, konstatirt; der § 427 Abs. 2 spricht von Geld und andern Gegenständen; daß auch andere Leistungen als Sachen restituirt werden sollen, ist nicht berührt; Gesetz und Motive schweigen, wenn man nicht die kleine, nur im Vorüberstreifen gegebene, Erklärung zu § 427 (S. 281): „Hierzu (zum Restituiren) gehört auch die Befreiung von den infolge des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten, sowie die Ersatzleistung (?) für infolge des Vertrages geleistete Dienste" hierherzählen will. Ueber die Art und Weise der Rückgewähr in solchen Fällen ist jedenfalls hieraus nichts zu entnehmen. Daß man nur an Sachrestitution dachte, zeigen namentlich die Vorschriften über die Folge der Unmöglichkeit der Rückgewährung; ist sie zufällig, so befreit sie. Nun kann aber kein Mensch den von ihm gemachten Gebrauch einer Sache, die von ihm empfangenen Dienste, zurückgewähren, und so müßte man bei strenger Auslegung des § 427 Abs. 4 zur Unmöglichkeit der Restitution, sobald keine Sache Gegenstand der Gegenleistung ist, gelangen. Daß bei den Versuchen der Minderung der Gegenleistung dieselbe Schwierigkeit erwächst, ist offensichtlich. Es sind also zwei Möglichkeiten gegeben, entweder ist die in § 381 enthaltene Ausdehnung unrichtig, oder die Folgen der Mängel bedürfen mit ihrem Anwendungsgebiet eine entsprechende Erweiterung. Das römische Kleid ist dem heutigen Verkehr zu eng geworden.

Die Entscheidung liegt zu Gunsten des letzten Momentes, die Gewährleistung der heimlichen Mängel bildet einen der Anwendungsfälle der Erheblichkeit des sonst nicht erheblichen Irrthums über Eigenschaften einer Sache.[24]) Dies zeigen die Folgen: Aufhebung und Minderung der Gegenleistungspflicht, aber kein Schadensersatz ohne besonderes Schuldmoment. Wie weit bei den einzelnen Ver-

[24]) Auf diese Konstruktionsfrage einzugehen, ist hier nicht der Platz. Während die Motive Bd. I S. 128 diese richtige Ansicht aussprechen, wird sie von Motiven II S. 224 ff. ignorirt.

trägen dieser Irrthum erheblich sein soll, bestimmt das Verkehrsbedürfniß. Dem Deutschen Rechte fremd, durch die Pandekten eingeführt für den Kauf, erobert es sich mit fortschreitendem Verkehr immer mehr Boden. Mit Recht; denn jeder, der um Gegenleistung eine Sache erwirbt, hätte seine Leistung nicht gemacht, wären ihm die Mängel bekannt gewesen. Es bleibt also nur der zweite Fall, d. h. die mit der Ausdehnung der Erheblichkeit der Mängel Schritt haltende Ausdehnung der Reaktion gegen den durch Irrthum hierüber hervorgerufenen Willen, die Möglichkeit der Minderung und Wandelung bei Leistungen, die ihrer Natur nach nicht selbst zu mindern oder zu wandeln sind. Im Gesetzbuche selbst finden sich Fälle, die zum Anhaltspunkte dienen können. So bestimmt § 484 für den Fall des Vorkaufs, daß, wenn der dritte Käufer neben dem Kaufpreise in Geld schätzbare Nebenleistungen versprach, zu deren Erbringung der Vorkaufsberechtigte nicht im Stande ist, er statt deren den Geldwerth zahle. In § 404 wird die Wandelung beim Thierhandel zugelassen, auch wenn sie bei sonstigen Verträgen zufolge § 430 ausgeschlossen wäre, d. h. wo die Restitution in Natur nicht mehr möglich; an Stelle des Objektes tritt der Geldwerth. Hierin liegt auch das für den vorliegenden Fall verwerthbare Moment. Bei Gegenleistungen, deren Minderung oder Rückgewähr durch ihre Natur ausgeschlossen, tritt der Geldwerth an ihre Stelle. Hat also der Veräußerer für seine Sache die Dienste des Gegners empfangen, so erhält er seine Sache zurück, der Andere die Geldsumme, die, wäre der Dienstvertrag gegen Geld verabredet, zu leisten gewesen wäre; auf den Werth des Objektes ist hierbei ein Gewicht nicht zu legen, denn es soll keine Schadensersatz- sondern nur eine Restitutionsleistung erfolgen.

2. War hier die Ausdehnung des modernen Rechtes zweifelhaft, so ist andrerseits eine strikte Beibehaltung des römischen Systems nicht ohne Frage, die Fälle des Schadensersatzes in § 385.

a) Nach römischem jus civile würde für dicta et promissa in der Weise gehaftet, daß bei Nichtvorhandensein der zugesagten Eigenschaften ein Schadensersatzanspruch eintrat; dies bestand später neben dem ädilizischen Edikte fort und kam mit ihm in das moderne Recht. Zutreffend ist jedenfalls, daß der Entwurf die Zusage der Eigenschaft mit den verborgenen Mängeln als zusammengehörend behandelt. Die für das französische Recht vom R. O. H. G. (bad. Annal. 45 S. 140) und R. G. (Entsch. 12 S. 352) versuchte Konstruktion als Vertrags-

auflösung auf Grund des Art. 1184 ist jedenfalls nicht empfehlenswerth; eine Nichterfüllung liegt nicht vor, sowenig wie bei dem Vorhandensein heimlicher Mängel. Allein es fragt sich, ob denn in der ernstlich gemeinten (Motive II S. 225) Angabe von Eigenschaften der Sache eine Garantie mit der Wirkung der Schadensersatzpflicht liegt. Der Veräußerer steht kraft Gesetzes (§ 381 Abs. 2) für die Mängel der Sache ein, die nach der Verkehrsauffassung erheblich sind; es bedarf der Abrede der Parteien, daß auch andere Mängel erheblich sein sollen und dies liegt in erster Linie in der Zusicherung einer Eigenschaft.[25]) Es ist eine unbewiesene Annahme, wenn die Motive (II S. 228 zu § 385) erklären, in der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft könne nichts Anderes, als die Uebernahme der Garantie für das Vorhandensein und „das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einzustehen, wenn die Eigenschaft fehle", denn gerade der oben dargelegte andere Gesichtspunkt beweist das Gegentheil. Aus den späteren Normen über den Thierhandel ergiebt sich, daß die dortige besondere Zusage (§ 411) d. h. die Uebernahme der Haftung für einen nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehler nur die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die heimlichen Mängel im Gefolge hat. Was für den Spezialfall des Thierhandels die kraft Gesetzes erheblichen Hauptmängel, sind für die allgemeinen Fälle die kraft Verkehrsauffassung erheblichen Fehler. Dazu kommt, daß an anderer Stelle der Entwurf die Folgen des Nichtvorhandenseins zugesagter Eigenschaften auf Rücktritt oder Minderung beschränkt. Beim Werkvertrage (§ 569) ist der Schadensersatz nur dann gegeben, wenn der Mangel sich auf einen vom Uebernehmer zu vertretenden Umstand gründet. Die Motive (II. S. 479) bemerken hier, bei den Veräußerungsfällen (§ 385), wo auf Grund eines Garantieversprechens, ohne Rücksicht auf Verschulden, Schadensersatz für die fehlende zugesicherte Eigenschaft gefordert wird, sei von der Veräußerung einer individuell bestimmten Sache ausgegangen und hier sei die Unterstellung eines Garantieversprechens nicht ungerechtfertigt; sie sei gewagt, im Falle der Zusicherung eines erst zu beschaffenden Werthes. Allein es liegt einmal vielfach eher in der Hand des Schuldners, bei einer von ihm zu leistenden Arbeit, als bei einer individuell bestimmten

[25]) Dernburg Pandekten II § 100 Note 17 S. 266. Inwieweit sich für das römische ius civile die Garantiewirkung der dicta et promissa auf speziell römische Auffassung, namentlich des Verkehrs, zurückführen lassen, wird nie völlig festzustellen sein.

Sache für Eigenschaften zu garantiren, weit eher liegt dort eine eigentliche Nichterfüllung vor wie hier, zum andern aber passen die für den Werkvertrag und den Ausschluß der Garantie daselbst angeführten Gründe um's Haar auf den Verkehr einer vom Veräußerer herzustellenden Sache (§ 568). Dem gegenüber steht die Behandlung der Frage bei der Miethe (§ 505, § 506). Dort giebt das Gesetz Schadensersatz neben Rücktritt und Minderung, allein gleichmäßig im Falle des Vorhandenseins von Fehlern, wie des Fehlens von Vorzügen an der Miethsache beim Abschlusse des Vertrages. Ob und wann der Veräußerer eine Garantie übernehmen wollte, muß sich aus dem Vertrage selbst ergeben, es wird nicht vermuthet werden, und deshalb dürfte für die besonders zugesagte Eigenschaft im Zweifel nur die Relevanzerklärung des Irrthums über sie gewollt sein und daher § 381 genügen. Die Worte in § 385 „eine zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden gewesen oder", sind zu streichen. Entsprechend wäre § 398 Abs. 3 zu ändern.

b. Der zweite Grund des Schadensersatzes, wissentliches Verschweigen des Mangels beim Vertragsschlusse, scheint zu eng. Auch hier liegt römisches Marktrecht vor, dessen Ausdehnung der Verkehr fordert. Die Motive (II. S. 229) begnügen sich, die Schadensersatzpflicht im Falle des dolus zu begründen; sie bemerken nur, daß aus §§ 383, 385 im Falle bloßer Fehlerhaftigkeit, ohne dolus, der Erwerber auf die ädilizischen Rechtsmittel beschränkt sei. In den Motiven zu § 387 (S. 232 Abs. 4) wird die Haftung für den durch die Sache zugefügten Schaden abgelehnt. „Schuldfreiheit des Veräußerers vorausgesetzt, ist es immer hart, diesen zu verpflichten, den fraglichen Schaden zu ersetzen, obschon er weder eine Eigenschaft zugesichert, noch einen Mangel verhehlt hat." Es giebt aber außer dem dolus noch eine Schuld, die Fahrlässigkeit; sie ebenfalls verneint die Schuldfreiheit und bejaht die Haftpflicht. Dafür spricht einmal wiederum hier die Analogie des § 569. Wenn ein Küfer dem Winzer mit dessen Holze fehlerhafte Fässer fahrlässig liefert, so legt ihm § 569 Abs. 3 die Schadensersatzpflicht auf. „Verschulden" genügt nach den Motiven (II. S. 481) zu den vom Uebernehmer zu vertretenden Umständen. Wenn der Küfer selbst das Holz stellt, ist er frei von Haftung, sofern er nur den Fehler bei der Ablieferung (§ 398 Abs. 3) nicht kannte. Weshalb dieser Unterschied? Des Weiteren verläßt der Entwurf den Standpunkt des römischen Rechtes auf dem Gebiete der Deliktsobligation (§ 704 ff.). Schaden,

der durch Fahrlässigkeit einem Andern zugefügt ist, muß ersetzt werden (Motive II S. 725). Die Verletzung des Rechtes aus einem Schuldverhältnisse ist nicht „Gegenstand der Vorschriften über unerlaubte Handlungen" (Motive II S. 727). Es wäre also ein Dritter, nicht im obligatorischen Nexus Stehender, unter demselben schuldhaften Verhalten schadensersatzpflichtig, unter dem der obligatorisch Verpflichtete es nicht wäre. Stellt A. unbefugt, etwa aus Irrthum, ein krankes Thier, dessen Krankheit er bei der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters hätte erkennen müssen, in den Stall des B., so steht er für den durch die Ansteckung entstehenden Schaden gemäß § 707 ein; liefert er in derselben Weise dasselbe Thier als Erfüllung des Kaufs, so ist er gemäß § 383, 385 von jeder Haftung für Schaden frei. Endlich hat auch schon in neuerer Zeit die Praxis, namentlich im Gebiete des französischen Rechtes, das auch in seinem Gesetzestext denselben Zwiespalt zwischen außerkontraktlichem und kontraktlichem Verschulden zeigt (Art. 1383 und 1641 ff.), die Haftung des Veräußerers für heimliche Mängel auch bei einfacher Fahrlässigkeit erstrebt; so namentlich ein Urtheil des Reichsgerichts II. C. S. vom 25. November 1884 (Entsch. 12 S. 322). Im gewöhnlichen haben die Verkäufer zwar nicht die Pflicht, im Interesse des Käufers die Waare zu untersuchen; vorhandene Mängel nicht entdeckt zu haben, ist nur dann Verschulden, wenn er sie bei einiger Sorgfalt hätte erkennen müssen. So urtheilt auch O. L. G. Karlsruhe (in Puchelt's Zeitschr. f. frz. C. R. 18 S. 215). Es wird jeweils im einzelnen Falle festzustellen sein, ob dem Veräußerer eine Untersuchungspflicht obliegt, und ob er dieser genügt hat; auch wo sie zu verneinen, muß er dann haften, wenn auch ohne Untersuchungspflicht die Fehler bemerkbar waren, wenn ihn also ein Vorwurf dahin trifft, daß er den Fehler nicht kannte und den Erwerber davor bewahrte. Soweit § 382 jeden Einfluß des Mangels wegen Verschuldens des Erwerbers ausschließt, hat es hierbei sein Bewenden. Selbstverschulden des Erwerbers läßt keine Haftung des Veräußerers zu.

3. Ausgeschlossen ist der Anspruch wegen Mängel der Sache, wenn sie auf Betreiben eines Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird (§ 395). Als Grund geben die Motive (II S. 237) die nothwendige Berücksichtigung der Stellung des Schuldners wie des Gläubigers bei solchen Veräußerungen an, ohne zu bestimmen, wie diese ist. Der Grund liegt offenbar darin, daß es an einem Veräußerer im Sinne des § 381 fehlt. Der Zwangs-

verkauf ist kein Verkauf, denn es fehlt die Willenseinigung des Eigenthümers und des Erwerbers. Ob der Gerichtsvollzieher das Eigenthum des Schuldners kraft staatlicher Zwangsgewalt diesem entzieht und dem Erwerber überträgt, oder ob er jenes vernichtet und neues Eigenthum schafft, jedenfalls fehlt es an einem Kontrakte, den die §§ 381 ff. verlangen.[26]) Ist dies aber die Idee, welche das Gesetz trägt, so muß die Regel auf alle Fälle Anwendung finden, in denen derselbe Grundgedanke vorwaltet. Dies ist bei der Versteigerung auf Grund eines Pfandrechtes gegeben, wenn dieser Fall auch nicht dem Wortlaute nach unter § 395 fällt. Bei Immobilien wird der Weg der Zwangsvollstreckung zur Ausübung des Pfandrechtes dienen (§ 1075); beim Faustpfand dagegen (§§ 1165 ff.) erfolgt die Befriedigung des Gläubigers durch „Verkauf" des Pfandes nach vorheriger Androhung im Wege der Versteigerung durch einen zur Versteigerung befugten Beamten. Aehnlich wirken die Bestimmungen des Art. 311 H. G. B. für das kaufmännische Pfandrecht und 315 für das Rotationsrecht. Eine Weiterfassung des § 395 empfiehlt sich etwa dadurch, daß man hinter „Zwangsvollstreckung" einschaltet: „oder in Ausübung eines Faustpfand- oder ähnlichen Rechtes."[27])

4. Die „Ansprüche" auf Wandelung und Minderung unterliegen einer kurzen Verjährung. Nur um für diese eine Grundlage zu gewinnen, ist der Wandelung und Minderung die Anspruchsqualität beigelegt (Motive II S. 238), im Gegensatze zu der sonstigen Auffassung vom Rücktrittsrechte. Die Frist als Präklusionsfrist zu gestalten wird ausdrücklich abgelehnt und zwar weil es eine „mehr als bedenkliche Neuerung" sei. Indeß ist es doch gerade fraglich, ob, was der Entwurf durch die Konstruktion als Anspruch erreichen will, nämlich die Anwendbarkeit der Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung, erstrebenswerth erscheint. Der Zweck der kurzen Verjährung des § 397 ist zweifellos, wie die Motive (S. 239) sagen „weil die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist." Dieser Zweck kann aber nur erreicht werden, wenn, wie es auch der code

[26]) s. Stobbe, deutsches Privatrecht II S. 153, O. A. G. Darmstadt in Seuffert's Archiv 19 Nr. 17, O. A. G. Oldenburg das. 24 Nr. 214.

[27]) Ueber eine ähnliche Ausdehnung der Zwangsvollstreckung auf Pfandverkauf s. § 469 Motive II S. 332.

civil für seine kurzen Verjährungen festsetzt (Art. 2278), die Hemmungsgründe keine Anwendung finden. Dies führt aber eben auf die Legalfrist. Am deutlichsten zeigt sich der Mißstand aus dem Verjährungssystem dann, wenn man die vierzehntägige Verjährungszeit beim Thierhandel betrachtet. Wäre der Berechtigte z. B. ein Minderjähriger, dessen Vormund kurz nach dem Kaufe des Pferdes starb, der 3 Monate nach dem Tode des Vormundes volljährig wird, so dehnt sich die Verjährung für ihn von 14 Tagen auf 3½ Monate aus (§ 166), ein Resultat, das der gesetzgeberischen Intention widerstrebt, die, um des allgemeinen Verkehrsbedürfnisses willen, die Interessen des Einzelnen durch die kurze Frist absichtlich nicht beachtet und verletzt. Auch ist beachtlich, daß in neuerer Zeit Versuche der Konstruktion gerade der ädilizischen Fristen als Präklusionsfristen gemacht wurden, ein Symptom dafür, daß ein Hemmen und Unterbrechen nicht zweckmäßig wäre[28]), sowie daß gerade in den modernen Gesetzen über Gewährleistung beim Thierhandel die Konstruktion als Legalfrist gewählt ist.[29]) Auch erscheint jene ausnahmsweise gestattete Verlängerung der Verjährung (§ 397 Abs. 3), die vollständig im Widerspruche mit dem Wesen der Verjährung und ihrer abstrakten Rechtsnatur steht (s. § 185 Motive I S. 346), gerade als ein Zeichen, daß eine Legalfrist, deren Eigenthümlichkeit im Gegensatze zur Verjährung in der Parteidisposition besteht[30]), in Frage sei.

Würde das in § 397 stabilirte Recht gesetzlich befristet, so müßte dies konsequent zu gleicher Bestimmung bei § 571 für den Werkvertrag führen.

Die Frage der Garantiefrist ist absichtlich nicht geregelt (Motive II S. 241); ihr Sinn soll aus den Umständen des einzelnen Falles entnommen werden. Die Folgen einer gesetzlichen Vorschrift, die natürlich nur als Interpretationsregel erschiene, wären aber auf jeden Fall segensreicher, als die Folgen der Unterlassung, denn meist haben eben die Parteien gar nichts gedacht. Der Fabrikant, der für eine Maschine ein Jahr lang „garantirt", wird stets behaupten, daß alle Ansprüche nach Umfluß dieser Zeit erloschen sind; der Erwerber will stets ein Einstehen, wenn der Fehler sich nur in jener Zeit zeigte.

---

[28]) Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung (1880) S. 134 und das daselbst zitirte Urtheil.

[29]) Hachenburg, das Recht der Gewährleistung beim Thierhandel (1888) S. 191 ff.

[30]) Grawein a. a. O. S. 127, 133 ff.

Eine Analogie zur Entscheidung bietet das Recht der Fristen im Thierhandel. Die Gewährfrist entspricht der Garantiefrist. Erst nach deren Umfluß beginnt der Lauf der Klagefrist oder Verjährung. Eine Regel, daß im Zweifel durch die Garantie der Lauf jener in § 397 festgesetzten Fristen um jene Garantiezeit hinausgeschoben sei, daß im Zweifel anzunehmen, es müsse der Mangel in jener Zeit hervorgetreten, nicht auch die Rechte hieraus geltend gemacht sein, dürfte der Praxis einen willkommenen Dienst erweisen. Für die Würdigung des einzelnen Falles bleibt stets daneben Raum.

5. Die heimlichen Mängel beim Handel mit den wichtigsten Hausthieren sind nach den in den meisten neuesten Partikularrechten aufgenommenen deutschrechtlichen Prinzipien geregelt. Die Gründe sind wesentlich praktischer Natur; die Ausführungen der Motive (II. S. 249 ff.) erscheinen durchgreifend; es sind kleine Nachtheile um großer Vortheile willen. Da, wo das System eingeführt ist, wird es der Handel und die Rechtsprechung nicht mehr missen wollen. Das Gesetz acceptirt die Ideen des deutschen Systems vollständig: kurze Gewährfristen, in denen der Fehler sich zeigen muß und hieran anknüpfend die Präsumtion des Vorhandenseins bei der Uebergabe des Thieres und Präklusion aller später offenbar werdenden; Beschränkung der erheblichen Fehler auf bestimmte Hauptmängel und der Rechte des Erwerbers auf die Wandelung.

a. Daß gegen die gesetzliche Vermuthung (§ 402) der Gegenbeweis statthaft ist, entspricht der Billigkeit (Motive II. S. 252). Die Fristen sind zum Gesetze gewordene Wissenschaft. Sie beruhen nicht auf praktischen Erwägungen des Verkehrs, sondern auf dem Ausspruch der Thierheilkunde, daß bestimmte Fehler eine bestimmte Zeit lang im Thierkörper verborgen sind. Ihr Zweck ist, an Stelle des in jedem einzelnen Falle zu erhebenden, oft divergirenden und daher der Verkehrssicherheit hinderlichen thierärztlichen Gutachtens eine einheitliche, auf der Durchschnittserfahrung beruhende, Ansicht aufzustellen. Hieraus folgt für die Art des Gegenbeweises, daß er nicht, wie es sich in der Praxis hie und da zeigt, durch Berufung auf das Gutachten eines Sachverständigen darüber, es sei nach den Umständen des Falles, nach der Art der Symptome Existenz der Krankheit bei der Uebergabe nicht anzunehmen, geführt werden darf. Er muß sich vielmehr auf den Nachweis eines bestimmten Umstandes richten, aus dem sich die spätere Entstehung ergiebt, denn durch die erstere Art des Gegenbeweises wäre der Vortheil des Gesetzes wieder

aufgehoben.[31]) Eine ausdrückliche Aufnahme dieses Momentes ist wünschenswerth.

Die Größe der einzelnen Gewährfristen wie die maßgebenden Mängel sollen jeweils durch bundesräthliche Verordnung festgestellt werden, eine jedenfalls nur zu billigende Anordnung.[32]) Es ist damit der wechselnden Auffassung der Wissenschaft Rechnung getragen. Wie aber, wenn diese Verordnung wechselt, während die Gewährfrist für ein verkauftes Thier noch läuft, die Krankheit erst unter der neuen Vorschrift sich zeigt? Hat durch Kauf und Uebergabe der Erwerber bereits ein wohlerworbenes Recht, oder ist die neue Verordnung, die ja nur eine irrige Auffassung richtig stellt, maßgebend? Da der Entwurf keine Bestimmung über zeitliche Kollision giebt, wäre nach der einen oder anderen Richtung — denn für beide sprechen gewichtige Gründe — eine gesetzgeberische Regelung rathsam.

Ist die Frist durch Vertrag der Parteien verlängert, so sollen zufolge § 410 dieselben Grundsätze, wie für die gesetzliche gelten. Nun sagt die gesetzliche Frist, daß nach den Erfahrungen der Wissenschaft die vor ihrem Ablauf sich zeigende Krankheit bei der Uebergabe vorhanden war; sie sagt zugleich, daß für die später auftauchende dies nicht der Fall, so daß bei verlängerter Frist das Gegentheil eher anzunehmen. Es fehlte also auch nicht an Stimmen, die für diesen Fall die Vermuthung völlig streichen wollen.[33]) Diskutirt wurde andererseits die Frage, ob ein Gegenbeweis bei verlängerter Frist statthaft sei.[34]) Es wird eine Entscheidung weder für eine dieser Meinungen, noch für die unbedingte Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmung über Vermuthung mit Gegenbeweis möglich sein. Die Praxis zeigt, daß nur aus den jeweiligen besonderen Umständen der Parteiwille zu entnehmen ist; im Zweifel dürfte allerdings die Anwendung der gesetzlichen Normen gewollt sein.[35]) Der § 410

---

[31]) Korrekt bestimmt ein der badischen 2. Kammer 1837 vorgelegter, aber nicht zur Berathung gelangter, Entwurf in § 3: „— sofern er nicht beweist, daß die Krankheit durch Thatumstände veranlaßt sei, die sich erst nach Abschluß des Kaufs ereignet haben." S. Hachenburg a. a. O. S. 100.

[32]) Dieselbe Idee hatte schon der oben Note 31 zitirte badische Entwurf von 1837.

[33]) Kübel im Württemb. Archiv 21 S. 50.

[34]) So Kommissionsbericht der 1. badischen Kammer bei Berathung des Gesetzes vom 23. April 1859 im Beilageheft zu den Protokollen 1858 S. 349.

[35]) Hachenburg a. a. O. S. 122 ff.

bedürfte daher dieser Beifügung („im Zweifel"), um auszudrücken, daß auch in der Verlängerung entweder mehr oder weniger, als das Gesetz in § 401 an die Frist knüpft, liegen kann.

b) Die Streichung der Minderungsklage hat sich in der Praxis bewährt; zu begrüßen ist auch, daß die in einzelnen Gesetzen (Baden, Württemberg, Hohenzollern, Bayern, Sachsen-Koburg) sich findende Minderungsklage beim Schlachtvieh, die in Wahrheit Entschädigungsklage ist, verschwunden ist. In solchem Falle tritt § 404 Abs. 2 ein, der die Wandelklage zuläßt, auch wo nach allgemeinen Grundsätzen über den Rücktritt dieser versagt, in den Fällen des § 430 also, wo durch Verfügungen des Erwerbers über die Sache ihm deren Rückgabe, wie er sie empfing, unmöglich wurde. Hierzu ist insbesondere das Schlachten zu zählen. An Stelle der Sache tritt ihr Werth. Nun soll dieser für den Zeitpunkt bestimmt werden, in welchem der Erwerber die sonst die Wandelung ausschließende Handlung vornahm; es ist also in all' den Fällen, in denen der Fehler sich erst am geschlachteten, überhaupt dem veränderten Thiere zeigte, der Zeitpunkt, bei dem das Thier noch fehlerfrei erschien, maßgebend. Das Resultat entspricht der Billigkeit nicht. Kauft Jemand einen Ochsen um 400 Mark, so wird er zur Zeit der Schlachtung diesen Werth meist noch repräsentiren; zeigt sich nach der Schlachtung Perl- oder Lungensucht, so ist der Werth meist gleich null. Fordert er seinen Kaufpreis wieder, so zieht sein Verkäufer ihm den Werth des Thieres zur Zeit der Schlachtung ab, also den Vollwerth, und es bleibt dem Käufer nichts, so daß im Resultate der § 430 wieder eingeführt wäre. Wenn aber der Fehler bei der Werthschätzung des Thieres bereits berücksichtigt werden soll — eine allerdings schwere Aufgabe — so müßte dies im Gesetze ausgedrückt sein; der Wortlaut sagt das Gegentheil. Allein auch dann scheint der der Billigkeit entsprechende Weg nicht gefunden, denn zufolge § 427 Abs. 4 trägt der Veräußerer die Gefahr der veräußerten Sache; zufälliger Untergang oder Verschlechterung sind zu seinen Lasten. Wenn das vom Käufer kastrirte Pferd sich als mondblind herausstellt, inzwischen nach der Kastrirung einen Beinbruch erlitt, so wäre auch bei Schätzung des Werthes zur Zeit der Kastrirung und unter Annahme jener Krankheit die zufällige Verschlechterung zu Lasten des Erwerbers. Um dies zu vermeiden, müßte der Werth maßgebend sein, den das Thier bei der Geltendmachung der Wandelung ohne die Verfügung des Erwerbers hätte; es wäre also in obigem Falle das Thier in seiner jetzigen Beschaffenheit auf

den Werth zu schätzen, den es als Hengst hätte, ein Resultat, das auch praktisch leichter zu erreichen ist.

c) Eine besonders in der Praxis häufige Rolle spielt der Dolus. Wenn die Gewährfrist oder Klagefrist umlaufen ist, oder ein Nicht-Hauptmangel vorliegt, wird die Klage darauf gestützt, daß der Veräußerer in Kenntniß des Fehlers gehandelt habe; der Beweis wird durch Eid geführt und bildet eine oft sehr gefährliche Waffe für den Erwerber. Nach dem Systeme des Entwurfs findet der Grundsatz der §§ 385, 397 Abs. 2 direkte Anwendung. Es genügt nach § 407 Abs. 2 der einfache Dolus, um, unabhängig von den Fristen, die Rechte aus dem Mangel abzuleiten. Dagegen soll, wie die Motive zu § 409 (S. 263) mittheilen, der Veräußerer wegen Verschweigens eines nicht unter § 407 fallenden Hauptmangels nicht in Anspruch genommen werden dürfen; andernfalls wäre der Zweck des deutschrechtlichen Prinzips, namentlich Vermeidung von Prozessen, in hohem Grade gefährdet. Ist nun das Letztere — wie nicht zu bestreiten — zutreffend, so fragt sich, ob in der einfachen Nichtansage eines dem Verkäufer bekannten Mangels Grund genug liegt, von der kurzen Frist, die doch ebenfalls die Prozesse abschneiden soll, abzuweichen. Hier bliebe die ordentliche dreißigjährige Verjährung und dies ist entschieden zu lang. Zweifellos kann der Vertrag über ein Thier, das einen Nicht-Währschaftsmangel trägt, wegen Betrugs angefochten werden (§ 103), unter Schadensersatzforderung (§ 704 ff.), wobei dann die dreijährige Verjährung des § 719 eintritt. Allein gerade hieraus folgte, im Zusammenhalt mit der Auffassung der Praxis, daß das Verschweigen des Hauptmangels zwar Schadensersatzansprüche geben soll, aber doch wieder beschränkt auf die Frist des Gesetzes. Nur wo der Thatbestand des Betruges, d. h. ein qualifizirtes Verheimlichen, vorliegt, ist für diesen das besondere Recht maßgebend.

Aus einzelnen Verträgen.

1. Kauf und Tausch.

Daß der Verkäufer der Sache zur Verschaffung des Eigenthums verpflichtet ist, folgt schon aus dem zu § 371 besprochenen Verschaffungsprinzip; der § 459 enthält nur dessen Anwendung. Ebenso darin, daß der Verkäufer die Sache ausliefern muß, wenn er diese selbst oder ein Recht an ihr verkaufte, dessen Ausübung die Innehabung der Sache erfordert. Hinzuzufügen wäre, daß er da, wo das

veräußerte Recht dies nicht verlangt, die thatsächliche Einwirkung auf die Sache zu gestatten habe. Diese detaillirte Aufzählung der einzelnen Fälle in § 459, die dennoch nicht vollständig ist, da sie namentlich auf die Uebertragung immaterieller Rechte, z. B. Verkauf von Patenten, Geschäft mit Firma u. s. w. nicht mitumfaßt, wäre besser durch einen allgemeineren Satz zu ersetzen. Es genügte, zu sagen: „der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer das verkaufte Recht zu verschaffen und ihn zur thatsächlichen Ausübung desselben in Stand zu setzen." Die Ausführung für den einzelnen Fall wird man ruhig der Praxis und Wissenschaft überlassen dürfen.

Eine Neuschöpfung für viele Rechtsgebiete ist die Pflicht des Käufers zur Abnahme (§ 459 Abs. 2). Sie steht als Ausnahmevorschrift, nebst der des § 572 für Werkvertrag, der Regel, daß keine Pflicht zur Annahme der Leistung bestehe, gegenüber. Ihre praktische Wirkung wird wesentlich auf prozessualem Gebiete sein, denn sie giebt dem Verkäufer den Gerichtsstand der Erfüllung an seinem Erfüllungs-, also im Zweifel an seinem Wohnorte. Daß er dann dortselbst gleichzeitig auf Zahlung des Kaufpreises klagen dürfe, ist damit noch nicht gesagt.[36]) Materiell dürfte der Verkäufer zufolge der Vorschriften über Annahmeverzug meist dasselbe erreichen. Eine Ausdehnung der §§ 459 Abs. 2 und 572 auf analoge Fälle, insbesondere auf alle Veräußerungsverträge, wird nicht erfolgen, da auch die Motive (II. S. 76 zu § 261) ausdrücklich hervorheben, es handle sich um ausnahmsweise Bestimmungen. Und doch liegt kein Grund vor, der den Kaufvertrag in dieser Richtung vor den anderen Veräußerungskontrakten hervorhöbe.

Der sonst in einzelnen Kodifikationen (z. B. Preuß. A. L. R. I. 1 § 268, Dresdener Entwurf a. 466) beim Kauf sich findende Vorbehalt des Eigenthums ist vom Entwurf nicht behandelt, da seine Bedeutung auf dem Gebiete des Sachenrechtes liege (Motive II S. 319). Es handle sich um Suspensiv- oder Resolutivbedingung beim dinglichen Vertrage. Der sachenrechtliche Theil nun bestimmt für Grundstücke, daß es keine Auflassung und Eintragung unter aufschiebender Bedingung gebe (§ 870), daß aber die zulässige auflösende Bedingung, falls sie eingetragen ist, auch gegen Dritte ein Rückfallsrecht erzeugt (§ 871, Motive III S. 320 ff.). So klar die Sache hier, so schwierig wird sie bei den Mobilien. Das Gesetz schweigt; ein Verbot der

---

[36]) Urtheil des Reichsgerichts vom 2. Mai 1883. Entsch. 10 S. 350.

Suspensivbedingung, wie bei Liegenschaften, besteht nicht; der Entwurf ist auch, wie die Motive (III S. 337) versichern, nicht im Prinzip etwa wegen beabsichtigter Sicherungswirkung gegen den Eigenthumsvorbehalt; allein ob sie nicht mit der Tradition unverträglich, ob nicht die gegenwärtige Einräumung des Besitzes mit der Natur der Suspensivbedingung und mit der Absicht der Betheiligten in einem gewissen Widerspruche stehe (Motive III S. 339), ist sehr zweifelhaft, und es neigen die Motive offenbar dahin, diese Frage zu bejahen. Nur, meinen sie, schade die Ausschließung der aufschiebend bedingten Tradition nichts, da die auflösende Bedingung, die keinerlei Bedenken errege, genüge. Bei den Mobilien fehlt aber dieser die Wirkung gegen Dritte; zwar tritt die Wiederaufhebung des Eigenthumsübergangs kraft Gesetzes ein, aber erst vom Momente des Eintritts der Bedingung, und die in gutem Glauben inzwischen erworbenen Rechte Dritter bleiben bestehen, namentlich Pfändungspfandrechte (§§ 129, 130, 135, Motive I S. 254). Wenn der Verkäufer sich also durch die Bedingung der Vollzahlung des Preises sichern will, so hilft ihm weder die aufschiebende Form, denn diese ist ungültig, noch die auflösende, denn sie wirkt nicht zurück. Ein Versuch der Verknüpfung der Bedingung mit dem obligatorischen Vertrag nützt ihm ebensowenig, denn sofern er die Innehabung der Sache alsbald überträgt, unter der Formel, der Kauf sei erst wirksam, und der Käufer erst Eigenthümer, wenn er den letzten Pfennig bezahlt habe — eine Fassung, die namentlich im Gebiete des französischen Rechts häufig ist — dann liegt eine gleichzeitige Schließung des obligatorischen und des dinglichen Vertrages vor, und die Frage der Zulässigkeit der suspensiv bedingten Tradition taucht auf's Neue auf. Der Verkäufer sichert sich nur dann völlig, wenn er jeden dinglichen Vertrag, jede Erklärung, bei erfolgter Zahlung solle der Käufer Eigenthümer sein, direkt ausschließt und sich nur zum Abschlusse desselben bedingt verpflichtet. Er vermiethet dem Erwerber die Sache und verpflichtet sich, bei erfolgter Zahlung des Miethzinses in bestimmter Höhe zu verkaufen und das Bezahlte als Preis aufzurechnen. Daß die Verkäufer auf Abschlagszahlung sehr leicht herausgefunden haben werden, daß nur diese Form ihnen Sicherheit giebt, ist ebenso zweifellos, als daß die Käufer, als die wirthschaftlich Schwächeren, auch diese Fassung der Verträge annehmen müssen. Auf wessen Seite der Nachtheil ist, liegt auf der Hand, denn während früher der Käufer ein bedingtes Recht an der Sache erhielt, bleibt ihm nun nichts, als ein obliga-

torischer Anspruch, der ihm Seitens der Gläubiger des Verkäufers vereitelt werden kann. Das Bedürfniß des Eigenthumsvorbehalts, als Sicherung des kreditirenden Verkäufers, ist tief in unserem heutigen Leben begründet. Daß es seine Schattenseiten hat, ist unleugbar, allein eben deshalb empfiehlt es sich, die Materie zu regeln, um die Auswüchse zu beseitigen. Es bedürfte beim Kauf, denn nur dieser Fall ist praktisch, der Bestimmung, daß es statthaft sei, sich trotz der Uebergabe der Mobilien das Eigenthum vorzubehalten. Die Konstruktion, ob es eine gesetzlich statuirte suspensive Bedingung sei, ob resolutive mit ausnahmsweise rückwirkender Kraft oder was sonst, dürfte man auch hier wie an vielen andern Stellen der Wissenschaft überlassen. Daran anzuknüpfen wäre eine Vorschrift über das bereits gezahlte Kaufgeld, denn darin, daß der Erwerber, unter dem Namen Miethzins u. dgl., die Anzahlungen und die Waare verliert, liegt häufig die Unbilligkeit bei dieser Art Geschäfte. Es wäre daher festzusetzen, daß Geltendmachung des Eigenthumsvorbehalts Rücktritt vom Vertrage (§ 427 ff.) ist und zur Rückgabe des empfangenen Kaufpreistheils verpflichtet, vorbehaltlich eines für Verschlechterung der Sache und entgangenen Gewinn, also für Schadensersatz wegen Nichterfüllung, zu machenden Abzugs. Abreden, die das Gegentheil festsetzen, sind nichtig.

Bei den Liegenschaften wird wohl, da ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht des Verkäufers nicht besteht, denn der Entwurf kennt nur bedungene Hypotheken, die auflösende Bedingung zu einer hohen Bedeutung kommen. Bekanntlich bilden sich in der Praxis rasch, namentlich nach einigen Prozessen, feststehende Formulare, und so ist es nicht unwahrscheinlich, daß der Liegenschaftsverkäufer bei der Auflassung die auflösende Bedingung des Rückfalls bei nicht pünktlicher Zahlung stellt. Daß dies zur Erleichterung des Verkehrs und Sicherung des Erwerbes diene, läßt sich nicht wohl behaupten, der Entwurf steht indeß auch der gesetzlichen Hypothek in dem Sinne, daß hieraus eine Pflicht zur Pfandbestellung folge, nicht feindlich entgegen; dies zeigen z. B. die Bestimmungen beim Nießbrauche §§ 988, 1005 ff. und die Motive zum Hypothekenrecht (III S. 601, 602 Note 1). Es wäre also durchaus möglich, dem Verkäufer ein Recht auf Hypothek für den rückständigen Kaufpreis zu geben. Erhält er dies, dann bedarf er der auflösenden Bedingung zu seiner Sicherheit nicht. Für die thatsächliche Bestellung zu sorgen, eventuell sie zu erzwingen, ist dann seine Sache.

Die Bestimmungen über den Erbschaftskauf (§ 488 bis § 501) enthalten im Wesentlichen Regeln über die Vertragsauslegung, die sich auf das geltende Recht und die Erfahrungen der Praxis stützen. Daß die Parteien auch entgegengesetzten Willen haben können, ist natürlich. Nur in einem Punkte besteht absolutes Recht, bei der Haftung des Erwerbers für die Nachlaßschulden. Der Erbe haftet den Gläubigern nach wie vor; aber durch Schließung des Erbschaftskaufs tritt der Käufer als neuer Schuldner auch dem ihm nicht bekannten Gläubiger gegenüber ein. Jedem von Beiden steht, soweit es noch nicht erloschen war, das Inventarrecht selbstständig zu, Jeder kann die hieraus fließende Abzugseinrede geltend machen, Jeder das Gläubigeraufgebot veranlassen, Jeder durch Inventarerrichtung das Recht bewahren, Keiner kann aber mit Wirkung für den Andern das Recht vernichten, oder darauf verzichten. Die Motive, welche für die Aktivmasse die Universalsuccession ausdrücklich ablehnen (II S. 356), nehmen für die passive Seite „eine Art von Universalsuccession" an. Die Konstruktion kann um deßwillen nicht zutreffen, weil die Rechtsnachfolge in der Passivseite der Obligation den Uebergang auf den neuen Schuldner und damit die Befreiung des alten voraussetzt, genau so, wie es bei dem Rechte der Fall ist. Es ist logisch unmöglich, daß Vorgänger und Nachfolger die gleiche Pflicht tragen, denn es fehlt dann an der Nachfolge. Während nun das Gesetz genau denselben Fall für die Aktivseite der Obligationen § 313 als „generellen Abtretungsvertrag" betrachtet, so daß die Erleichterung eben nur darin besteht, daß die Bezeichnung der einzelnen Rechte nicht nöthig fällt (Motive II S. 142), soll bei genau demselben Falle für die passive Seite eine Gesammtnachfolge eintreten, ein Resultat, dem einmal die Analogie und gleichheitliche Behandlung beider Fälle widerstrebt, dem aber vor Allem entgegensteht, daß die Universalsuccession nur in einen Vermögensinbegriff möglich ist.

Bedeutsam ist, daß der Käufer in den Vordergrund tritt; er ist es, gegen den allein der Antrag auf Konkurseröffnung über den Nachlaß gestellt werden kann, und er allein, nicht auch der Erbe, hat das Recht dieses Antrags. Der Erbe aber haftet noch in völlig gleicher Weise, seine Haftung ist nicht etwa eine subsidiäre geworden, sondern er kann jeden Augenblick fürchten, direkt in Angriff genommen zu werden. Bricht der Konkurs aus, so hat diese Klage ein Ende, denn, sofern er das Inventarrecht nicht verlor, haftet er nur mit dem Erbvermögen. Er kann also, um diesen direkten Angriffen zu

entgehen, ein großes Interesse am Konkurse haben, während der Erwerber durch das Vorgehen des Gläubigers gegen den Erben hievon absieht. Da im Interesse des Gläubigers die einfache Subsidiarität des Erben, eine bürgschaftsähnliche Stellung nicht rathsam ist, da der Erbe Schuldner im vollen Umfange bleibt, so müßte man ihm auch das Recht des Konkursantrags belassen. Höchstens ließe sich die Frage, ob es nicht an ein Vorgehen des Gläubigers gegen ihn zu binden sei, erörtern.

2. Werkvertrag (§ 567 bis § 579).

1. Der Unterschied des Werkvertrages vom Kaufe ist aus § 568 ersichtlich. Die Abgrenzung gegen den Dienstvertrag ist durch §§ 567, 557 gegeben. Die Frage des Unterschieds vom Auftrage (s. Motive II S. 527) ist nicht vom Gesetze gelöst und auch die Andeutungen der Motive (II. S. 526), die sich zumeist mit Auftrag und Dienstvertrag befassen, genügen nicht. Daß der Unterschied praktisch von Bedeutung, liegt schon darin, daß der Werkvertrag stets ein gegenseitiger Vertrag ist, der Auftrag trotz Vergütung nie (Motive II S. 528). Die Grenze ist schwierig; dieselbe Handlung kann Gegenstand des Auftrags und des Dienst- oder Werkvertrags sein. Wann das eine oder das andere der Fall ist, kann nur für jedes einzelne Geschäft klar gestellt werden, aber das unterscheidende Merkmal ist die Widerruflichkeit auf der einen, die feste Bindung auf der andern Seite. Daß die Leistung des Beauftragten oder Uebernehmers, hier die Besorgung des Geschäfts, nicht angenommen werden muß, ist selbstverständlich; der Gläubiger geräth in Annahmeverzug, aber ein Zwang, daß er sich von dem Lehrer die Stunde geben läßt, oder seinem Freunde den Brief zur Besorgung auf die Post anvertraue, existirt nicht.[37]) Der Kernpunkt liegt offenbar darin, ob er mit der Weigerung der Annahme auch seiner Pflicht der Gegenleistung (Vergütung) ledig wird. Ueberall da, wo dies der Fall ist, liegt die freie Widerruflichkeit, der Auftrag, vor; fehlt dies, ist Werk- oder Dienstvertrag gegeben. Beim Auftrag liegt der Schwerpunkt in der Person des Auftraggebers; in seinem Interesse ist der Vertrag geschlossen, und daher hat der Beauftragte nur ein Recht auf Vergütung, wenn er seine Dienste leistete. Beim Werkvertrage ist beider-

[37]) Kohler Annahme und Annahmeverzug in Iherings Jahrbüchern 17 S. 267 ff.

seitiges Interesse gleichmäßig; Leistung steht gegen Gegenleistung, und der Uebernehmer hat ebensowohl Anspruch auf die ihm versprochene Erfüllung wie der Besteller, deßhalb ist jener ein einseitiger, dieser ein gegenseitiger Kontrakt. Ob nun die freie Widerruflichkeit, also das Zeichen des Auftrags, gegeben, bestimmt sich vielfach schon nach der Verkehrsauffassung, manchmal nach spezieller gesetzlicher Regel. Die Thatsache, daß eine Leistung auch dem Berechtigten obliegt, ist nicht von Bedeutung. Es wird also nach der heutigen Anschauung der Lehrvertrag als Werk- oder Dienstvertrag aufzufassen sein; der Anwalt dagegen ist nur Beauftragter, denn das Mandat ist jederzeit kündbar, und mehr als die bereits erwachsenen Deserviten sind nicht zu beanspruchen. Läßt sich hiernach ein Unterscheidungsmerkmal gewinnen, so wäre der Erwägung werth, ob man dies nicht stärker hervorheben sollte, als es im Entwurfe geschieht; man kann es sich aus § 597 Abs. 1 ableiten, allein es ist zu fürchten, daß das in der Praxis häufig gehörte Argument: „Es liegt ‚Auftrag' vor, also jederzeitige Widerruflichkeit," dadurch Boden gewinne. Und doch ist dies eine petitio principii, denn zum Auftrag gehört, daß der Vertrag widerruflich; dann erst, wenn dies im konkreten Falle erwiesen, steht die Auftragsnatur fest und können die weiteren Schlüsse hieraus gezogen werden.

2. Eine besondere Regelung erfährt die Materie der Mängel des Werkes. Auf Einzelnes wurde schon oben (bei den heimlichen Mängeln bei Veräußerungen) hingewiesen. Im Prinzip soll hier auch Wandelung und Minderung eintreten, nur sind diese Rechte hier einmal dadurch modifizirt, daß der Besteller zunächst die Beseitigung des Mangels innerhalb einer Frist zu fordern hat, falls die Beseitigung überhaupt möglich. Bei geringen Mängeln soll nur ein Recht auf Minderung bestehen. Ein Recht, die Mängel auf Kosten des Uebernehmers durch einen Dritten vornehmen zu lassen, giebt der Entwurf nicht. Das Reichsgericht in einem Urtheile vom 16. September 1884 (bad. Annalen 50 S. 363) läßt (nach Aufhebung der a. a. 1143, 1144 code civil) dies zu und zwar vom Gesichtspunkt der negotiorum gestio aus. Daß diese Konstruktion gekünstelt, liegt auf der Hand, denn der Besteller will nicht für den Uebernehmer, sondern für sich thätig sein. Die Bestimmungen des § 749 des Entwurfs über die Geschäftsführung ergeben dasselbe Resultat. Und doch liegt in dem Urtheile ein praktisch gesunder Gedanke, daß dem Besteller nicht mit Rücktritt oder Minderung gedient ist, daß er auch nicht

warten kann, bis er ein rechtskräftiges Urtheil auf Vornahme der Arbeiten hat und sich nach § 773 C. P. O. zu derselben ermächtigen lassen kann. Man denke z. B. nur an den Fall, wo er die Sache bereits weiter verkaufte und zur bestimmten Zeit abliefern muß, oder wo er in sein Haus einziehen will und die frühere Wohnung räumen muß u. s. w. Hier wäre ihm, neben dem Rechte auf Minderung und Rücktritt, zu gestatten, die Beseitigung des Mangels auf Kosten des Uebernehmers, wenn dieser sie nicht innerhalb bestimmter Frist besorgt, vornehmen zu lassen. Fehlt es an der rechtlichen Voraussetzung hiezu, so wird er dies auf sein Risiko thun. In dem Rechte auf Beseitigung des Mangels, welchen das Gesetz ausdrücklich anerkennt, muß aber auch die Befugniß, bei Weigerung des Verpflichteten sich selbst zu helfen, liegen.

3. Entsprechende Anwendung sollen die für die Mängel gegebenen Vorschriften, § 569 Abs. 1, auf den Fall finden, daß das Werk ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig hergestellt wird. Der Zusammenhang dieser Stelle mit dem Rücktrittsrechte beim gegenseitigen Vertrag überhaupt ist dort schon berührt. Hier steht in Frage, ob und inwiefern ein Gegensatz zu diesem Rücktrittsrecht hier vorliegt und sich rechtfertigt und inwieweit die Fassung des Gesetzes eine glückliche ist. Eine unmittelbare Anwendung des Abs. 1 und 2 ist jedenfalls nicht möglich. Die Aufforderung zur Erfüllung (Abs. 1) ist thunlich, eine Minderung jedoch nicht, denn entweder leistet der Uebernehmer nach jener Aufforderung nicht, dann erhält er auch nichts, oder er leistet und zwar voll und ganz, dann kann von einer Minderung nicht die Rede sein. Diese wäre Strafe für verspätete Erfüllung, ginge also noch über die Folgen des Verzugs, der doch thatsächlichen Schaden fordert, hinaus. Bleibt es nun beim Rücktrittsrechte, so unterscheidet es sich von dem für alle synallagmatischen Kontrakte verlangten (s. daselbst) dadurch, daß es keinen Verzug verlangt, d. h. daß auch die unverschuldete Nichtleistung den Rücktritt erlaubt. Eine Aufforderung muß (arg. Abs. 2) erfolgen; diese entspricht der Mahnung; es muß auch Pflicht der Fertigstellung des Werkes nach Abrede oder Uebung angenommen sein, so daß also nur die eine Besonderheit bleibt: auch die durch Zufall herbeigeführte Verzögerung schafft das Rücktrittsrecht. Daß ein praktisches Bedürfniß hierfür gegeben ist, betonen die Motive (II S. 483). Die Analogie des Dienstvertrags und Gesellschaftsvertrags zeigt, daß diese Verträge ebenfalls Fälle der Aufhebung ohne Verschulden kennen und dadurch gewinnt diese Erweiterung des

Rücktritts an Berechtigung. Doch bedürfte es der genauen Angabe und Feststellung dieses Rechtes. Es müßte direkt gesagt werden: „Im Falle das Werk ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig hergestellt wird, hat der Besteller das Recht des Rücktritts."

4. Eine interessante Bestimmung enthält § 575. Wenn der Besteller nach der Vollendung des Werkes in Annahmeverzug geräth, so treten die allgemeinen Folgen desselben ein (§§ 254 ff., 368 Abs. 2); wenn sich derselbe bei Beginn und während der Herstellung des Werkes zeigte, so bliebe zu Gunsten des Uebernehmers nur die Pflicht des Bestellers, den Mehraufwand für erfolgloses Anbieten und Aufbewahrung zu tragen (§ 261). Daß hiermit nicht gedient ist, wird in den Motiven (II S. 495) des Eingehenden ausgeführt. Es soll daher der Uebernehmer eine angemessene Vergütung erhalten; maßgebend ist dann die Dauer des Verzugs und die Gegenleistung. Ueber die Rechtsnatur dieses Anspruchs sprechen sich die Motive nicht aus. Er geht nicht auf Schadensersatz, denn die Leistung stützt sich weder auf Schaden noch auf Schuld; sie ist keine Gegenleistung, denn diese besteht nur für das Werk selbst. Eine gewisse Analogie bilden die Liegegelder des Seerechtes,[38]) die ja ebenfalls nur die Folge des Annahmeverzugs sind. Ebenso wie diese ließe sich die Vergütung des § 575 dahin konstruiren, daß auch bei dem Werkvertrag, der eine Mitwirkung des Bestellers fordert, z. B. die Räumung des Bauplatzes, der Uebernehmer auf eine gewisse Zeit zur Ausführung rechnen dürfe und daher der Mehraufwand an Zeit ihm gleich dem Schiffer zu vergüten ist. Ob die Bestimmung sich in der Praxis bewähren wird, bleibt abzuwarten; schädlich wird sie wohl kaum wirken. Nur wäre, um Chikanen vorzubeugen, zu wünschen, daß der Schlußsatz „erworben hat" dahin ergänzt würde „oder zu machen böswillig unterlassen hat" (arg. §§ 368 Abs. 2, 561). Die zu § 368 Abs. 2 angegebenen Gründe gelten auch hier, und es verweisen sogar die Motive (II S. 209) für den Satz, daß es Treue und Glauben entspreche, den böswillig nicht gemachten Erwerb als wirklichen zu behandeln, auf § 575 Satz 2, obwohl dieser nicht entsprechend lautet. Das Faullenzen auf Anderer Kosten ist auch hier zu verhindern.

---

[38]) S. Lewis in Endemann's Handbuch des Handelsrechtes Bd. IV S. 136.

3. Mäklervertrag (§ 580).

Das Maßgebende für den Mäkler ist, daß er weder Stellvertreter noch Bote ist; er giebt keine Erklärung für eine der Parteien ab, sondern führt nur die Abgabe einer Erklärung auf der einen oder anderen Seite herbei. Er veranlaßt das Entstehen des Willens und die Willenserklärung und hierfür erhält er seine Belohnung. Die wenigen Bestimmungen des § 580 prägen dieses Prinzip aus. Es sind zwei Gruppen: die Nachweisung des Vertragssubjektes und -Objektes und die Vermittlung des Vertrages genannt; sie decken sich beide mit dem obigen Begriffe der Herbeiführung der Abgabe einer Erklärung. Die Voraussetzung für die Mäklergebühr ist der Abschluß des Vertrages; wie viel der Mäkler gethan haben muß, ob es genügt, die Vertragsgegner zu bezeichnen, oder aber bei dem Abschlusse selbst wieder thätig gewesen sein muß, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Im Zweifel wird ein Zusammenbringen der Kontrahenten zu fordern sein.

Daß, wenn das Geschäft nicht zu Stande kommt, der Mäkler keine Vergütung erhält, ist zweifellos, streitig, ob er nicht wenigstens Ersatz seiner Auslagen für Reisen, Inseriren u. s. w. erhalten soll. Der Entwurf vermeidet es, hierzu Stellung zu nehmen. Indeß liegt hier ein brennendes praktisches Interesse vor und, wie es an anderen Stellen geschah, wäre eine Regelung, und zwar zu Gunsten des Mäklers, geboten; es ist durchaus unbillig, daß die Auslagen des Mäklers von ihm auf Risiko gemacht werden; verlangt man dies — und die Auffassung ist in der Praxis nicht selten — so hat dies eine doppelte Möglichkeit zur Folge: entweder der Mäkler scheut sich vor Ausgaben, wenn er das Risiko nicht übernehmen will, und seine Thätigkeit und ihr wirthschaftlicher Werth leidet darunter, oder er macht sie, dann müssen alle seine Auftraggeber die Risikoprämie in der Gebühr bezahlen; sie wird einfach höher werden. Der Mäklervertrag ist ein Theil des Auftrags; er ist jederzeit frei widerruflich, und gerade dies bildet, wie gezeigt, den Maßstab für das Vorhandensein des Mandats im Gegensatze zum Werkvertrage. Aber auch bei Auftragskündigung sind die bereits erwachsenen Auslagen jedenfalls zu ersetzen (arg. § 596 Abs. 2).

4. Bürgschaft (§ 668 bis § 680).

Die Bürgschaft als accessorischer Vertrag dient der Sicherung des Gläubigers; von diesem Gesichtspunkte aus betrachtete der Ent-

wurf gleich den übrigen Gesetzen diese Materie. Sie muß in der Weise geregelt sein, daß, ohne den Bürgen zu sehr zu belasten, sie den Interessen des Verkehrs dient. Je straffer die Haftung des Bürgen angezogen, desto sicherer wird die Stellung des Gläubigers. Mit Recht beseitigt daher der Entwurf die Einrede der Theilung. Ob nicht auch die Vorausklage zu beseitigen wäre, ist sehr diskutabel. Indeß kennt der § 675 eine solch' bedeutsame Zahl von Ausschließungsgründen, daß sie der Einrede die Gefährlichkeit nehmen; namentlich die Ziffer 4 „wenn anzunehmen, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht führt," beschränkt die Vorausklage auf den Fall, in dem sie auch sonst ohne Einrede statt hat, die Solvenz des Schuldners.

Daß der Bürge seine Haftung beschränken kann, ist selbstverständlich. Häufig ist sie zeitlich begrenzt, und zwar namentlich bei der Kreditbürgschaft. Der Entwurf lehnt die Regelung dieser Frage ab (Motive II S. 681), da es äußerst schwer sei, die angemessene Rechtsnorm zu finden. Das Bedürfniß, die Frage zu regeln, wird anerkannt. Es sind zwei Möglichkeiten gegeben. Entweder es soll der Bürgschaft selbst ein dies ad quem beigesetzt werden, so daß sie kraft Gesetzes im Momente des Zeitablaufs erlischt, oder die Zeitbestimmung bezieht sich nicht auf die Bürgschaft, sondern auf die Hauptschuld. Es wird eine Frist gesetzt, innerhalb der die Hauptschuld zur Entstehung gelangt sein muß, um die Bürgschaft wirksam zu machen. Dies ist der juristische Sinn der beiden, in den Motiven (S. 681) erwähnten Fälle. Trifft man nun eine gesetzliche Bestimmung dafür, daß „die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeitfrist eingegangen" (Schweizer Bundesgesetz über das Obligationenrecht Art. 502), so kann sich dies demnach nur auf den ersten Fall beziehen, denn nur hier ist die Bürgschaft befristet. Es kann also eine Verwirrung dieses Falles mit dem zweiten nicht möglich sein. Hier aber wirft sich eine praktische Frage auf: erlischt die Bürgschaft mit dem Tage, an dem die Frist umlaufen ist, gilt der Satz „wie viel Frist, so viel Recht" streng und ganz? Es müßte also der Gläubiger innerhalb der Frist den Bürgen belangen, ein Fall, der für beide Theile gleich hart wäre. Es findet sich nun in den modernen Gesetzen das Bestreben, diese strikte Durchführung zu mildern; eine Ausübung innerhalb der Frist selbst ist nicht nöthig, er erhält noch eine weitere Frist (Schweizer B. G. Art. 502: 4 Wochen) zur Einklagung. Aber diese Frist hat etwas absolut Willkürliches.

Sie giebt dem Gläubiger mehr Recht, als der Bürge ihm zuwenden wollte; er wollte nur 3 Monate und nicht 3 Monate und 4 Wochen Bürge sein. Eine andere Möglichkeit der Lösung wäre in der dispositiven Bestimmung, daß durch den Zeitablauf nicht der Bürge frei werde, sondern nur für die nachher eintretende Insolvenz nicht mehr hafte. Die Frist sei nicht für das Recht des Gläubigers gegen den Bürgen, sondern als Zeitraum für die Haftung für Solvenz gemeint (O. L. G. Karlsruhe in Puchelt's Zeitschrift für franz. C. R. 16 S. 206). Dies kann ja unter Umständen der Wille der Parteien sein, allein er wird es in ebensoviel Fällen nicht sein. Dazu kommt die praktische Schwierigkeit der Feststellung über Solvenz und Insolvenz. Rathsam wäre eine Norm für den Fall der befristeten Bürgschaft, daß Ausklagung des Hauptschuldners unter Streitverkündung an den Bürgen genüge. Dies entspräche dem Bedürfnisse auf beiden Seiten. Die Streitverkündung genügt ja auch, um die Verjährung zu unterbrechen, man wird sie daher auch als geeignet zur Ausübung der Rechte innerhalb der Frist betrachten müssen. Die Geltendmachung der Rechte aus der Bürgschaft, die auf diese Weise gewahrt sind, nochmals von der Erhebung der Klage gegen den Bürgen selbst, die von der Rechtskraft des Urtheils gegen den Hauptschuldner liefe, abhängig zu machen, wäre unnöthig und verwirrend.

Anders steht es mit dem hierunter nicht begriffenen Fall der zeitlich nicht begrenzten Verbürgung für eine künftige Schuld, unter der Bedingung, daß sie innerhalb einer bestimmten Frist entstehe. Wann dieser Fall, wann der erstbesprochene, vorliegt, das kann nur im einzelnen Falle durch das Gericht, nicht durch das Gesetz, festgestellt werden. Allein, wie die beiden Fälle praktisch zu behandeln, dies zu sagen ist Sache der Gesetze.

Im zweiten Falle nun hat der Gläubiger zu beweisen, daß er seine Rechte innerhalb der Frist erworben hat, denn vom Eintritt dieser Bedingung hängt die Haftung des Bürgen ab, also bei der Kreditbürgschaft, daß er den Kredit innerhalb der Zeit gewährt hat. Dies folgt aus den allgemeinen gesetzlichen Regeln und es bedarf daher keiner besonderen Normirung. Der Regelung des ersten Falles steht das nicht im Wege, da er weder unter den Wortlaut noch den Sinn einer Bestimmung darüber: „wenn die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeit gegeben ist,“ fällt, denn zweifellos ist dies da nicht gegeben, wo für die innerhalb einer bestimmten Zeit entstehende Forderung gebürgt werden soll.

Die Vorschriften über die Diligenzpflicht des Gläubigers treffen das richtige Prinzip. Es giebt keine culpa in exigendo (Motive II S. 678). Und auch das Aufgeben einer Sicherheit befreit den Bürgen nur insoweit, als er aus dem Nebenrechte Ersatz hätte erlangen können, also keine völlige Befreiung von der Bürgschaft (wie z. B. a. 2037 Code civil), denn es handelt sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag, sondern Ersatz für den vereitelten Ersatz. Es ist zweifellos möglich, daß der Gläubiger vertragsmäßige Pflichten übernahm. Sie können im Versprechen der Benachrichtigung des Bürgen, in der Zusage den Kredit nur gegen sichere Deckung (auf Kundenwechsel)[39]) u. s. w. zu geben, liegen. Welches sind die Folgen der Nichteinhaltung dieser Zusagen? Die reine Schadensersatzpflicht des Gläubigers wäre das juristisch konsequenteste, denn es wird trotz dieser Zusage des Gläubigers doch aus der Bürgschaft kein gegenseitiger Vertrag. Es empfiehlt sich, hieran auch für solche Fälle festzuhalten und nicht an die Verletzung dieser Zusage Verlust des Bürgschaftsrechts zu knüpfen. Wenn nicht der Bürge die Einhaltung jener Zusage zur Bedingung machte, führte auch der in § 678 betretene Weg nur zur Schadensersatzpflicht. Der Gläubiger ist kraft Gesetzes verpflichtet, dem Bürgen die sichernden Nebenrechte zu wahren; verstößt er hiergegen, so ersetzt er dem Bürgen den hieraus entstehenden Verlust. Uebernimmt er weitergehende Pflichten als diese, so hat er auch für die Verletzung derselben in der nämlichen Weise aufzukommen.

---

[39]) Urtheil des Reichsgerichts vom 20. März 1885 in Puchelt's Zeitschrift f. frz. R. 16 S. 207.

Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers.

Von Rechtsanwalt Cohn zu Görlitz.

Der § 521 des Entwurfs begründet das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers eines Grundstücks wegen seiner Forderungen aus dem Miethsvertrage an den eingebrachten Sachen des Miethers, also an den Sachen, welche diesem eigenthümlich gehören. Dies entspricht im Wesentlichen dem — mehr oder weniger klaren — Standpunkte der meisten neuern Gesetzgebungen, welche sich im Anschluß an das Römische Recht gebildet haben.

Es fragt sich, ob dieses Pfandrecht auch für die Zukunft noch ausreichend sein wird, und ob nicht die Bedürfnisse des Verkehrs bereits jetzt dahin geführt haben, dieses Pfandrecht als unzureichend erscheinen zu lassen.

Das Pfandrecht des Vermiethers ist nichts künstlich Erfundenes, es ist aus der rechtspolitischen Erwägung hervorgegangen, daß derjenige Vertragschließende, der fortlaufend eine Leistung gewährt, die eines der dringendsten Bedürfnisse des Menschen befriedigt, wegen der ihm versprochenen Gegenleistung eines erhöhten Schutzes, einer besonderen Sicherung bedarf.

Dieser Grund gilt auch jetzt noch. Wenn der gewährte Schutz in den bisherigen Grenzen nicht genügt, so ist es Sache der Gesetzgebung, einen Schritt vorwärts zu thun, — nach welcher Richtung ist durch dieses Bedürfniß vorgezeichnet:

> Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers muß auch dann bestehen, wenn die eingebrachten Sachen dem Miether nicht eigenthümlich gehören.

Das Neue dieses Vorschlags tritt nicht unvermittelt in die Erscheinung. Der § 80 Th. I Tit. 20 Allg. Landrechts, der Art. 306

des Deutsch. H. G. B. sind bedeutsame Vorläufer der hier ausgesprochenen Forderung. Beide beruhen auf dem Gedanken, daß der Verpfänder präsumtiv das Verfügungsrecht über den Gegenstand des Pfandes besitzt. Der gute Glaube des Pfandnehmers bedarf des Schutzes.

Unter einfachen Verkehrsverhältnissen ist der Miether regelmäßig Eigenthümer der eingebrachten Sachen. Hier genügt das bisher gewährte Pfandrecht. Wo einzelne Rechtsinstitute Abweichungen zeigen, da hilft die Gesetzgebung nach, und so entsteht im Gebiete des Allg. Landrechts das Pfandrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen der Ehefrau des Miethers. (Vergl. Dekl. zu § 395 Th. I Tit. 21 Allg. Landrechts vom 21. Juli 1846.)

Inzwischen ist Manches anders geworden.

Der Miether bringt ein stattliches Mobiliar in die gemiethete Wohnung, von dem ihm auch nicht ein Stück gehört. Das Mobiliar ist auf Grund eines Kaufvertrages mit constitutum possessorium längst Eigenthum eines Anderen geworden. Die Zahlung eines geringen Miethszinses ermöglicht dem Miether den Besitz einer Zimmer-Ausstattung, die gegen die Angriffe aller Gläubiger einschließlich des Vermiethers gefeit ist. Ein anderer Fall: Die eingebrachten Sachen sind aus einem Möbelvermiethungsgeschäfte gemiethet und niemals Eigenthum des Miethers gewesen. Der Vermiether hat auch hier dem zahlungsunfähigen Miether gegenüber das Nachsehen. Dritter Fall: In einem großen Theile Deutschlands sind die Mobilien Eigenthum der Ehefrau, sie bilden einen Theil ihrer Ausstattung. Das Pfandrecht des Vermiethers an diesen Gegenständen, d. h. wohl in den weitaus meisten Fällen die wichtigste Anwendung desselben, muß aufhören, denn, daß der § 521 in Verbindung mit den §§ 12 13 folg. des Entwurfs die Auslegung vertragen, daß dieses Pfandrecht auch an den Mobilien der Ehefrau des Miethers fortbestehe, ist wohl zweifellos zu verneinen. Dann aber ist der zu schaffende Rechtszustand ein ungenügender.

Beruht der Art. 306 des Deutsch. H. G. B. als Ausnahme von der Regel auf der Präsumtion der als vorhanden gedachten Verfügungsbefugniß des Verpfänders, so ist hier, wie aus dem Gesagten mit Nothwendigkeit folgt, dieser Standpunkt zu verlassen. Grade, weil keine Vermuthung mehr dafür spricht, daß der Miether Eigenthümer der eingebrachten Sachen ist, und die Existenz des Pfandrechts dem Zufall anheim gegeben wird und vielleicht, — trotz aller gegentheiligen Versicherungen des Miethers — zu einem Nichts zusammen-

schrumpft, ist es Pflicht der Gesetzgebung, den normalen Standpunkt wiederherzustellen und durch Ausdehnung des Pfandrechts auf alle eingebrachten Sachen des Miethers zwar rechtlich nicht aber thatsächlich die Machtbefugnisse des Vermiethers zu erweitern.

Der Zweck der vorgeschlagenen Bestimmung enthält ihre Begrenzung: Wer es weiß, daß die eingebrachten Gegenstände dem Miether nicht gehören, ist in der Lage vor Aufnahme desselben sich zu schützen. Hier zu helfen und in das Gebiet der Privatwillkür hinüber zu greifen, liegt kein Bedürfniß vor. Es ist ferner anerkannt Rechtens, daß Sachen, welche rücksichtlich ihres Rechtserwerbes mit einem Fehler behaftet sind, aus der Hand des fehlerhaft Besitzenden fehlerfrei nicht heraustreten: Gegenstände, welche ohne oder wider Willen ihres rechtmäßigen Inhabers aus seinem Gewahrsam gekommen, sind von dem Pfandrecht des Vermiethers auszunehmen.

Gegen den hier gemachten Vorschlag ließe sich zweierlei einwenden: einmal, er schieße über das Ziel hinaus, und dann, es wäre vielleicht das gleiche Ergebniß mit einem persönlichen Zurückbehaltungsrecht zu erreichen. Beides erscheint mir unzutreffend:

Es ist richtig, daß künftighin jedes Buch, das der Miether aus der Bibliothek entleiht, so lange es in der gemietheten Wohnung liegt, daß das Mobiliar, das Letzterer von dem Möbelhändler gemiethet, so lange es in der Wohnung verbleibt, dem Pfandrecht verfallen ist. Daß dies praktisch zu erheblichen Unzuträglichkeiten führen wird, bestreite ich. Grade in dem wichtigeren Anwendungsfalle, dem zuletzt gedachten Beispiele, lassen sich zum Schutze des Eigenthümers der Sachen leicht vertragsmäßige Vorkehrungen treffen. In anderen Fällen wird der Absatz 2 des § 521 die Handhabe bieten, Chikanen zu begegnen. Vor Allem aber muß darauf hingewiesen werden, daß, wenn Art. 306 des Deutsch. H. G. B. zu erheblichen Beschwerden nicht geführt hat, dies viel weniger von der hier vorgeschlagenen Neuerung zu befürchten steht.

Ein erweitertes Zurückbehaltungsrecht wäre nicht am Platze. Ließe man es selbst im Konkurse des Miethers fortbestehen, so wäre doch mit demselben wenig anzufangen. Räumt man dem Vermiether ein Veräußerungsrecht der zurückbehaltenen Sachen nicht ein, so ist das Zurückbehaltungsrecht für ihn nicht ein Recht, sondern eine Last. Wird Letzteres aber mit der gedachten Befugniß ausgestattet und sein Fortbestand im Konkurse gegeben, so ist es von dem eigentlichen Pfandrecht kaum zu unterscheiden und ein unklares Gebilde geschaffen.

Daß für die Erweiterung des Pfandrechts rücksichtlich des Eingebrachten des Pächters, insbesondere des Pächters eines landwirthschaftlichen Grundstücks nicht das gleiche Bedürfniß vorhanden, wird keiner besonderen Ausführung bedürfen. Das Pfandrecht an den Früchten, die Kaution, die Gepflogenheit das Pfandrecht vertragsmäßig zu regeln und den Verpächter sicher zu stellen, bieten ausreichenden Schutz für diesen.

Die beiden ersten Sätze des § 521 des Entwurfs würden nunmehr folgende Fassung erhalten müssen:

> Der Vermiether eines Grundstücks hat — — ein gesetzliches Pfandrecht an den von dem Miether eingebrachten Sachen. Das Pfandrecht besteht nicht in Ansehung derjenigen Sachen — — welche aus dem Gewahrsam des rechtmäßigen Inhabers derselben ohne oder ohne wider dessen Willen ausgeschieden, oder von denen der Vermiether bei Eingehung des Miethsvertrages weiß, daß sie nicht Eigenthum des Miethers sind.

Die Schenkung.

Von Rechtsanwalt Dr. C. F. Reatz in Gießen.

I. Einleitung.

§ 1.

Im 2. Titel des 2. Abschnitts des Rechts der Schuldverhältnisse (Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden) versucht der Entwurf, die Lehre von der Schenkung prinzipiell zu regeln, und befaßt sich hierbei mit der Feststellung des Begriffs der Schenkung (§§ 437—439), ihrer Form (§§ 440, 441), mit den Verbindlichkeiten des Schenkers (§§ 442—447), mit der Schenkung unter einer Auflage (§ 448) und mit dem Widerruf der Schenkung (§§ 449—452). An zahlreichen anderen Stellen aber finden sich Einzelbestimmungen, so über die schenkweise Veräußerung einer Erbschaft (§§ 500, 501), über das selbstständige Recht der Ehefrau zur Ablehnung einer Schenkung (§§ 1308, 1355), über das Erforderniß der Einwilligung der Ehefrau zur Vornahme einer Schenkung des Ehemannes bei allgemeiner Gütergemeinschaft (§ 1353), über den Widerruf der während des Braut- oder Ehestandes gemachten Schenkungen nach Scheidung der Ehe (§ 1453), über die Schenkung zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und dem Kinde (§ 1503), zwischen Vormund und Mündel (§ 1661), über die Schenkungen des Vorerben bei Nacherbeinsetzung auf den Erbschaftsrest (§ 1839), des Erblassers nach Schließung eines Erbeinsetzungsvertrags (§ 1952), über die durch Veräußerung vollzogene Schenkung auf den Todesfall (§§ 1963, 1989), über die Verletzung des Pflichttheils durch Schenkung (§§ 2009, 2014—2018), über die Rangordnung einer Forderung aus Schenkung des Erblassers im Konkurse über den Nachlaß (§ 2117) und über den den Schenkungscharakter verneinenden Ausstattungsvertrag (§ 1500).

Das System dieser Stoffvertheilung ist vom praktischen Standpunkte aus nicht zu beanstanden.

In sachlicher Hinsicht schließt sich der Entwurf im großen Ganzen und von der Einwirkung anderer Rechte in minder wichtigen Punkten abgesehen, dem römischen Rechte bezw. der heute zum Theil herrschenden, durch Meyerfeld, Savigny, Schilling, Windscheid, Dernburg u. A. vorbereiteten und festgestellten Doktrin an, und weist, wie sich aus den Motiven ergiebt, abändernde und ergänzende Bestimmungen anderer Rechte und Gesetzesentwürfe, erstere als unbegründet, letztere als überflüssig oder gar gefährlich zurück. Doch hat er auch wesentliche, in unser Rechtsleben tief eingreifende Aenderungen mit dem bisherigen Rechte vorgenommen, wie namentlich das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten aufgehoben, das Erforderniß der gerichtlichen Insinuation sogenannter großer Schenkungen beseitigt, gerichtliche oder notarielle Form für Schenkungsversprechen (im Gegensatz zu der durch Veräußerung vollzogenen Schenkung) eingeführt, und die Rechtswohlthat des Nothbedarfs dem Schenker versagt.

Die nachfolgende Beurtheilung des Entwurfs bezieht sich planmäßig nur auf den Inhalt des zweiten Titels, der die Lehre von der Schenkung prinzipiell regeln soll, und unterzieht die in andern Titeln enthaltenen, nur aus dort erörterten Rechtsinstituten zu erklärenden Einzelbestimmungen keiner Kritik.

Bei der Prüfung der wesentlichsten Frage, ob die Bestimmungen des Entwurfs oder welche andere dem geläuterten Rechtsbewußtsein des Deutschen Volks der Gegenwart in seinen maßgebenden Kreisen entsprechen, müssen wir Anwälte unsre allgemeinen, und die in unserem Berufe gemachten besonderen Lebenserfahrungen zu Rathe ziehen. Die Gelegenheit zu ersteren ist außerordentlich mannigfach. Wie jeder andere im Verkehr sich bewegende Bürger erblicken wir fortgesetzt Geschenke an Arme und sonstige Hülfsbedürftige, Weihnachts- und Geburtstagsgeschenke der Ehegatten, Eltern und Kinder, Geschwister, Brautleute, Verwandten, Freunde unter sich, Weihnachts- oder Neujahrsgeschenke an Dienstboten, Hochzeitsgeschenke, Geschenke an Kirchen, Wohlthätigkeitsanstalten, Schulen, Museen, Bibliotheken, Bildergalerieen und sonstige öffentliche wissenschaftliche oder Kunstinstitute. Unsre besonderen Lebenserfahrungen aber machen wir gelegentlich der Anfertigung von Schenkungsverträgen und der Behandlung streitiger Schenkungssachen vor den Gerichten, indem wir hier bei einer eingehenden Besprechung der einzelnen Schenkungsfälle die Bedürfnisse des Schenkungsverkehrs,

die Rechtsanschauungen der Schenker und Beschenkten, der Richter, Gegenanwälte, Zeugen und gewisser mit den Sitten und Gebräuchen engerer Volkskreise bekannten Persönlichkeiten, kurz, die Rechtsanschauungen maßgebender Theile unsres Volkes kennen zu lernen hinlänglich Gelegenheit haben. Solche Fälle haben meistens Schenkungsverträge über Immobilien ohne oder mit einer Auflage (namentlich der lebenslänglichen Verpflegung) zum Gegenstande, dann aber auch Schenkungen des gesammten Vermögens, schenkweise Ausschlagung einer angebotenen Erbschaft zu Gunsten eines andern Erben, schenkweisen Erlaß einer Schuld, Simulation eines Kaufvertrags zur Verdeckung einer Schenkung, Verträge über nachträgliche Zuwendungen von Geldsummen wegen Verkürzung des Empfängers bei früheren Uebergabsverträgen, wobei es zweifelhaft ist, ob jene neuen Verträge die rechtliche Natur dieser theilen oder wahre Schenkungsverträge sind, und schließlich Verträge, bei welchen es zweifelhaft ist, ob sie oneroser Natur oder Schenkungen unter Lebenden oder von Todeswegen sind, ob die gemeinrechtliche oder partikularrechtliche Form der Insinuation beobachtet wurde oder nicht und dergleichen mehr.

Indem ich nun die Bestimmungen des Entwurfs mit dem geläuterten Rechtsbewußtsein der heutigen Zeit in Vergleich bringe, sehe ich von einer wissenschaftlichen Darstellung des geltenden Rechts und vom Verhältniß der herrschenden Lehre zum wirklichen römischen Rechte ganz und gar ab. Ich will nur Zeugniß ablegen von den Rechtsanschauungen, welche in maßgebenden Kreisen unsres Volks über das Institut der Schenkung bestehen, und als langjähriger Beobachter des wirklichen Rechtslebens mein Urtheil darüber abgeben, in welcher Weise den materiellen und idealen Bedürfnissen des Lebens am Besten, Sichersten und Einfachsten entsprochen werden kann.

1. Wesen der Schenkung.

§ 2.

Es ist allgemein anerkannt, daß die Schenkung neben einer Reihe anderer Eigenschaften auch die der Liberalität hat, und insofern eine besondere Art der Gattung der Liberalitäten bildet. Liberalitäten sind Gefälligkeiten, die einer dem andern erweist; freiwillige und uneigennützige Leistungen, die für den Leistenden mit irgend einem Opfer verbunden sind und irgend ein Interesse des Empfängers fördern sollen und fördern. Beide, Opfer und Interesse, können in verschiedenen Gebieten des menschlichen Lebens liegen,

und hinsichtlich ihres Gewichts und Werths verschiedengradig sein, vom Minimalen aufwärts bis zum unvernünftig Hohen. Eine Kategorie dieser Gefälligkeiten, von welchen das tägliche Leben überfließt, steht außerhalb jeder Verbindung mit privatrechtlichen Beziehungen; derartige Gefälligkeiten, Artigkeiten und Anständigkeiten tragen einen freundlichen Dank ein, weiter nichts, und haben, wenn sie nicht blos der Deckmantel einer schadenverursachenden Bosheit sind, keinerlei Rechtswirkungen. Eine andere Kategorie bewegt sich von vornherein auf privatrechtlichem Gebiete; dies sind die Gefälligkeitsgeschäfte. Das Opfer auf der einen, und das Interesse auf der andern Seite sind an sich Gegenstände des Privatrechts, wie sich dies bei der reinen Gebrauchsleihe und dem reinen Hinterlegungsvertrag erweist; der Eine opfert in der Absicht, dem Andern eine Gefälligkeit oder einen Gefallen zu erweisen, seine Zeit, Aufmerksamkeit, körperliche Thätigkeit, die zeitweilige eigene Benutzung seiner Sache dem Interesse des Andern, und das Interesse dieses wird durch den zeitweiligen Gebrauch der Sache oder dadurch gefördert, daß er seine zur eigenen Bewahrung seiner Sache erforderliche Zeit, Mühe und Arbeit erspart und zur Förderung seiner anderen Interessen verwenden kann. In den bei Weitem meisten Fällen des Lebens sind jene Opfer geringfügiger Natur, sie benachtheiligen das Vermögen des Gefälligen nicht, es sind keine Vermögensopfer, die derselbe bringt. Der Verleiher eines Buchs liest ja nicht täglich und stündlich in demselben, er läßt es längere Zeit ungelesen in seiner Bibliothek stehen und wenn dies der Fall, so ist es für ihn gleichgültig, ob dasselbe in der Zwischenzeit von einem Andern gelesen wird. Auch minimale Abnutzungen des verliehenen Gegenstandes kommen nicht in Betracht. Ebenso bringt der Aufbewahrer eines hinterlegten Gegenstandes kein nennenswerthes Opfer, denn er bewahrt denselben in der Regel gleichzeitig mit seinen eigenen Sachen an demselben Orte, und wenn er etwa besondere Anstalten für die Aufbewahrung zu treffen genöthigt werden sollte, so besorgt er dies Alles zwischen seinen eigenen Geschäften ohne nennenswerthen Zeitverlust. In allerdings selteneren Fällen des Lebens sind aber die vom Verleiher oder Verwahrer einer Sache gebrachten Opfer nicht geringfügiger Natur, beide bringen mitunter „große Opfer", Opfer, die geradezu in mehr oder weniger starken Vermögenseinbußen bestehen, und zwar theils in positiven Vermögensverminderungen (Auslagen), theils im Entgang eines sonst unzweifelhaft bevorstehenden

Gewinns. Wenn beim Abschluß eines Hinterlegungsvertrags der Verwahrer wußte, daß er behufs ordnungsmäßiger Verwahrung der bei ihm zu hinterlegenden Sache besondere bauliche Anstalten treffen, oder im Falle seiner zeitweiligen Abwesenheit einen besonderen Wärter bestellen, und hierfür gewisse Summen Geldes aufwenden müsse, so bringt er eintretenden Falls mehr oder weniger „große Opfer!" — Und wenn der Lohnkutscher sein Fuhrwerk Verwandten oder Freunden zu einer Tageslustfahrt unentgeltlich und in freigebiger Absicht hingiebt, so bringt er jenen den Geldverdienst zum Opfer, den er während derselben Zeit durch Vermiethung seines Fuhrwerks an Dritte hätte machen können. In diesen, wie vielen ähnlichen Fällen tritt aber nach der Auffassung des Lebens das Geschäft aus dem Kreise der bloßen Gefälligkeitsgeschäfte nicht heraus, es wird namentlich nicht Schenkungsgeschäft; man sagt von den betreffenden Spendern: sie lassen sich ihre Gefälligkeit etwas kosten, ihre Freundschaft (Liebenswürdigkeit, edle Gesinnung, Barmherzigkeit) kommt ihnen theuer zu stehen, oder: sie haben sich zu viel, sie haben sich wehe gethan. Auch wer seine Freunde zu einem kostbaren Abendessen geladen hat und große Summen für ihre Bewirthung aufwendet, ist nicht Schenker, obwohl er seinen Gästen das häusliche Abendessen erspart; er erfüllt eine gesellschaftliche Pflicht, er giebt das Fest nur als eine ihm willkommene Gelegenheit zu einem vergnügten Abende aus, lehnt jeden Dank seiner Gäste ab und dankt im Gegentheil diesen für die ihm und seinem Hause bewiesene Ehre und Freundlichkeit.

Eine andere Kategorie der Gefälligkeiten bezw. der Gefälligkeitsgeschäfte ist die Schenkung. Derjenige, der diese Gefälligkeit erweist, ist der Schenker; derjenige, dem sie erwiesen wird, der Beschenkte; die Absicht, diese Gefälligkeit zu erweisen, ist die Schenkungsabsicht; der Gegenstand, womit diese Gefälligkeit erwiesen wird, ist das Geschenk; die Absicht, diese Gefälligkeit als solche anzunehmen, ist die Absicht zur Schenkungsannahme, und der rechtliche Vorgang, durch welchen die Schenkung beiderseits vollzogen wird, das Schenkungsgeschäft (Schenkungsakt, Schenkung).

Die Schenkung ist ein Rechtsinstitut mit gleichsam zwei Seelen. Auf der einen Seite ist sie ein juristisches Geschöpf, wie jedes andere Rechtsgeschäft, welches den Güterverkehr unter den Menschen zu regeln bestimmt ist; durch sie werden Werthgegenstände aus dem Vermögen des Einen in das Vermögen des Anderen gebracht, wie durch die verschiedensten Austauschverträge; durch sie werden Eigen-

thum und dingliche Rechte erworben und verloren, Forderungen erzeugt und Schulden getilgt, und dergleichen mehr, und es ist ein naturgemäßes Streben der juristischen Kraft, die der Schenkung innewohnt, sich, unbeengt durch Fesseln der Rücksichtsnahme auf außerhalb des Rechtsverkehrs liegende Interessen, als gewöhnliches Verkehrsmittel Anerkennung und Wirksamkeit zu verschaffen. Andrerseits hat aber die thatsächliche Schenkung einen eminent moralischen Charakter, der seine Anerkennung im Rechte fordert und in diesem Bestreben durch das Rechtsbewußtsein der gebildeten Völker kräftig unterstützt wird. Wer einem Andern eine Wohlthat erweist, wer dabei seinen eigenen Vortheil hintansetzt, von seinem eigenen Vermögen opfert, dieses irgendwie beeinträchtigt, benachtheiligt oder beschränkt, Alles in uneigennütziger Weise und in der moralisch anerkennenswerthen Absicht, dem Andern etwas Gutes zu thun, der hat gegen den Empfänger einen moralischen Anspruch auf Dank oder doch zum Mindesten einen Anspruch darauf, daß ihm sein Gutes nicht mit Bösem vergolten, daß ihm nicht mit Undank gelohnt werde. Auch diese in der Schenkung liegende moralische Kraft hat ein Bedürfniß nach Ausdehnung ihrer Herrschaft. Beide Kräfte gerathen in ihren legitimen Bestrebungen mit einander in einen Konflikt, der nur auf dem Wege der Gesetzgebung durch möglichst scharfe Abgrenzung des jeder einzelnen zukommenden Gebietes in befriedigender Weise gelöst werden kann. Allerdings sind hierüber sehr verschiedene Ansichten möglich. Es wird Juristen geben, die im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs dem moralischen Element der Schenkung gar keine besondere Rechtswirkung beilegen möchten, und wieder andere, welche dem Gesetze der Moral einen höheren Werth zusprechen, als dem Gesetze des Rechts, welches die Anfechtbarkeit eines rechtmäßig entstandenen Zustandes so viel als möglich ausschließen möchte. Die richtige Mitte zu finden, wird schwierig sein, unmöglich ist es nicht. Auch berechtigt uns weder diese legislative, noch die etwaige Schwierigkeit in der praktischen Handhabung der festzustellenden Grundsätze und die Sucht nach Vereinfachung des Rechts, die dem Rechtsbewußtsein unsres Volks entsprechenden Grundsätze ohne Weiteres aufzuopfern.

Eine weitere, sehr beachtenswerthe Seite der Schenkung ist die volkswirthschaftliche, und zwar nach doppelter Richtung. Zunächst zeigt uns das Leben eine große Zahl von Schenkungsfällen, in welchen eine höchst nachtheilige und zuweilen schamlose Ausbeutung

des geschäftlich Schwachen durch den geschäftlich Stärkeren stattfindet, ohne daß eigentlicher Zwang oder Betrug, bei deren Vorhandensein die Schenkung angefochten werden könnte, konkurrirt. Dies findet sich namentlich bei Schenkungen unter Ehegatten, wenn der Mann in seiner Superiorität die blindmachende Liebe seiner vertrauensvollen oder furchtsamen Frau mißbraucht, um ihr einen Theil ihres Vermögens abzuschwindeln. Es findet sich aber auch bei Schenkungen großjähriger lediger Töchter an ihre Väter, wobei die Pietät und das unbegrenzte Vertrauen der Tochter in die Rechtschaffenheit des Vaters den Verdacht einer Schlechtigkeit desselben nicht aufkommen läßt. Und schließlich findet es sich, wie die Erfahrung in Hülle und Fülle lehrt, namentlich bei schenkungsweisen Gutsübergaben kinderloser älterer Leute an Pflegekinder, Verwandte oder Freunde insofern, als die Uebergeber bei schriftlicher Errichtung der Verträge aus Unerfahrenheit und in blindem Vertrauen auf die Redlichkeit der Uebernehmer die Wahrung ihrer Interessen versäumen[1]). Daß in solchen Fällen das Recht dem geschäftlich Schwächeren überhaupt helfen muß, ist leicht einzusehen, schwieriger ist, die Mittel der Abhülfe zu bestimmen. Doch wird sich auch hier das Richtige finden lassen.

[1]) Die Praxis liefert hierfür schlimme Beispiele. In den Provinzen Starkenburg und Oberhessen des Großherzogthums Hessen besteht ein Gesetz, welches zur Gültigkeit der Immobiliarveräußerungsverträge deren Protokollirung durch das zuständige Ortsgericht (einer als Hülfsbehörde der Amtsgerichte fungirenden, aus Ortsbürgern, die von der Justizverwaltung ernannt werden, bestehenden Gemeindebehörde) fordert. Haupt- und Nebenverabredungen, die nicht ortsgerichtlich protokollirt sind, haben keine Gültigkeit. Wenn daher beim Abschluß von schenkungsweisen Gutsübergaben, was leider häufig vorkommt, aus Versehen oder Geschäftsunkenntniß die Protokollirung der Vereinbarung lebenslänglicher Wohnung, Verpflegung und Verköstigung der Uebergeber unterlassen wird, so gilt ein reiner Schenkungsvertrag als geschlossen. Kommt dann im Laufe der Zeit bei den Uebernehmern die Noth in das Haus, und mehren sich die Schulden und Zwangshypotheken, so werden die alten Leute schließlich von Haus und Hof verjagt und stehen bettelarm in der Welt. Oder, ist der Uebernehmer ein gefühlloser Mensch, dem die Last der Verpflegung der alten Leute zu groß wird, so jagt er sie eines Tages fort. Den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist keine Macht gegeben, dies zu verhüten. Kommt es zum Prozesse, so kann den durch die Verhältnisse so schwer geschädigten Uebergebern in der Regel gar nicht geholfen werden. Das Gerechtigkeitsgefühl hat freilich in vielen Fällen die Prozeßgerichte äußerst findig gemacht, indem sie für die Form der Protokollirung jener Verträge Anforderungen stellten, die rechtlich nicht gebilligt werden konnten. Daher ein fortwährendes Schwanken der Praxis in Bezug auf die Erfordernisse der ortsgerichtlichen Protokollirung.

Einen anderen volkswirthschaftlichen Nachtheil hat die unbegrenzte Schenkfreiheit im Gefolge. Wer, ohne Vorsorge für seine künftige Existenz getroffen zu haben, sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verschenkt, sinkt tiefer wie der Sklave. Und wer sein ganzes gegenwärtiges Vermögen verschenkt, schafft sich und seiner Familie einen Zustand absoluter Armuth, der viel größere Gefahren in sich birgt, als der der angeborenen Armuth. Kein Zweck, kein Beweggrund ist stark genug, um die freiwillige Schaffung eines solchen Zustandes zu rechtfertigen, und verlangt daher das öffentliche Interesse ein Verbot bezw. die Erklärung der Ungültigkeit solcher Schenkungen. Aber auch derjenige, der durch Schenkung eines erheblichen Theils seines gegenwärtigen Vermögens sich und die Seinen in eine Nothlage versetzt, ohne daß der Zweck oder Beweggrund seiner Schenkung dieses gefährliche Opfer zu rechtfertigen vermag, handelt wider das öffentliche Interesse, und es muß ihm mindestens durch Einräumung des Rechts der Rückforderung des zuviel Geschenkten die Möglichkeit der Befriedigung dieses öffentlichen Interesses gegeben werden.

Der gegen eine solche Beschränkung der Schenkungsfreiheit zu erhebende Einwand, daß damit die Seele des Privatrechts, der freie Wille der Vertragschließenden, die Freiheit des Rechtsverkehrs getödtet werde, trifft nicht zu. Der Wille der Kontrahenten ist nicht allmächtig. Er ist zwar ein sehr wichtiger Faktor bei der Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse, allein er ist nicht ausschließlich maßgebend. An unzähligen Stellen fehlt es überhaupt an einem individuellen Willen, er wird ergänzt durch den allgemeinen Verkehrswillen; an unzähligen Stellen fehlt es auch an diesem, und dieser wie jener wird ersetzt durch den Willen des Gesetzes; an unzähligen Stellen aber wird der individuelle Wille geradezu unterdrückt und zur Ohnmacht verdammt, weil er sich mit dringenden Anforderungen des öffentlichen Interesses oder der Moral im Widerspruch befindet, und diese Mächte in unsrer Rechtsordnung vielfach stärker sein müssen, als der Wille und die Interessen der Einzelnen. Für den Gesetzgeber handelt es sich in allen diesen Fällen um die Feststellung der Machtverhältnisse dieser kollidirenden Interessen und um die Entscheidung darüber, welchem derselben die Herrschaft über das andere zuerkannt werden müsse. Und wenn der Gesetzgeber wegen Fülle des Stoffs ins Einzelne einzugehen nicht vermag oder sich dessen nicht getraut, so hat er unter Feststellung eines allgemeinen Grundsatzes die Regelung der

Detailfragen dem sachverständigen Urtheile des Richters anheim zu geben.

Wie sehr eine zum Schutze des Vermögens unsers Volkes vor Armuth und Noth der Einzelnen einzuführende Beschränkung der Schenkfreiheit unsern Rechtsanschauungen entspricht, mag aus dem vielfach verwandten, gemeinrechtlich und partikularrechtlich bestehenden Institut der Entmündigung wegen Verschwendung entnommen werden. Der Entwurf hat es beibehalten, indem er § 29 besagt: „Eine Person, welche durch verschwenderische Lebensweise oder verschwenderische Geschäftsführung die Besorgniß rechtfertigt, daß sie sich oder ihre Familie dem Nothstande preisgiebt, kann wegen Verschwendung entmündigt werden." Die reine Schenkung des ganzen Vermögens oder eines so erheblichen Theils desselben, daß dadurch die schenkende Person sich oder ihre Familie dem Nothstande preisgiebt, ist eine Verschwendung, und es ist hierbei gleichgültig, ob die Verschwendung, wie beim leichtsinnigen Lebenswandel und bei der unverantwortlichen und maßlos unbesonnenen Geschäftsführung nach und nach in mehr oder weniger langen Zwischenräumen, oder wie bei der Schenkung des ganzen oder eines erheblichen Theils des Vermögens mit einem Schlage erfolgt. Das beiden Verschwendungen gemeinsame Merkmal ist die leichtsinnige Unterschätzung des Werths des Vermögens und das kopflose Rennen des Verschwenders ins Unglück. Und wenn das Gesetz in der Beschränkung der Dispositionsfreiheit des chronischen Verschwenders keine rechtswidrige Verletzung der Menschenwürde und der privatrechtlichen Urfreiheit der Personen findet, so darf es auch keinen Anstand nehmen, dem akuten Verschwender im Moment seines, zur Vernichtung oder gefährlichen Bedrohung seiner wirthschaftlichen Existenz führenden Schenkungsvorhabens die Disposition über sein Vermögen zu entziehen, oder ihm doch späterhin durch Einräumung des Rückforderungsrechts Gelegenheit zur Reue und Besserung zu geben.

Die Frage wäre dann nur noch die, ob das Gesetz mit der Beschränkung der Schenkfreiheit nicht ein schweres oder überhaupt ein Unrecht gegen den Beschenkten begeht. Daß im Falle der Rückgängigmachung einer Schenkung dem Beschenkten große Wirrnisse und Schädigungen erwachsen können, mag seine Verpflichtung auch nur auf Herausgabe der Bereicherung gehen, ist klar. Indeß theilt er dieses Schicksal mit allen Denen, welche wegen Ungültigkeit oder Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts zur Herausgabe des Empfangenen

verpflichtet sind. Allein ein wahres Unrecht wird ihm auch gar nicht zugefügt. Die hierüber bestehenden Anschauungen unsers Volkes sind etwa folgende:

Für einen großen Theil der Menschen hat der mühelose Erwerb von Vermögen einen sehr großen Reiz, und in allen Schichten der Bevölkerung finden sich zahlreiche Leute jeglichen Alters und Geschlechts, die namentlich Geschenke gerne annehmen[1]), denselben aber auch mit Aufwand einiger List, Heuchelei und Unverschämtheit nachgehen[2]). — Abgesehen von solchen Geschenken, die der Sitte und dem Herkommen gemäß bei gewissen Anlässen gegeben und angenommen zu werden pflegen, wie Geburtstags-, Weihnachts-, Hochzeits-, Jubiläums- und ähnliche Geschenke, nimmt indessen der mit einiger Lebensweisheit ausgerüstete Mensch keinerlei Geschenke an, namentlich nicht Geld oder solche Gegenstände, die nur den Schleier für den ihnen innewohnenden Geldwerth abgeben. Denn nach den sie begleitenden Umständen enthalten sie theils die Aufforderung zu gelegentlichen Gegengeschenken von weit höherem Werthe[3]), theils einen Bestechungsversuch zum Zweck der Vornahme einer widerrechtlichen Handlung, oder sie bergen andere Gefahren in sich, welche der zu Beschenkende im Augenblick nicht recht zu erkennen vermag[4]). Ist man aber einmal durch die Verhältnisse gezwungen, ein Geschenk anzunehmen, so wird der auf Unabhängigkeit haltende Mensch die erste beste Gelegenheit zu einem gleichwerthigen Gegengeschenk ergreifen. Wer dies vernachlässigt, hat stets das peinigende Gefühl, der Schuldner seines Schenkers und von diesem abhängig zu sein, und er läßt sich diesem gegenüber bei mancherlei Gelegenheiten leicht zu einem, demselben erwünschten Verhalten bestimmen, wozu er sich im Gefühl seiner Unabhängigkeit niemals verstanden haben würde.

---

[1]) Der deutsche Volksmund hat diese Erfahrung in mancherlei Sprüchwörtern niedergelegt, so z. B.: Gaben und Geschenke behagen Jederman. Wer verschmähet Gabe? — Kluge Leute und Gecken haben gerne Geschenke. — S. Tunicius. Ed. Hoffmann von Fallersleben. — Berlin 1870. Nr. 384. 726. 1237.

[2]) Sprüchwort bei Tunicius a. a. O. Nr. 638: Der begehrt Gabe, der sich vermißt, daß er viel zu geben habe.

[3]) Der Volksmund spricht in solchen Fällen von dem Werfen der Wurst nach der Speckseite.

[4]) Der Volksmund deutet dies so an: Geschenke haben ihre Ränke, — oder: Geschenke bringen Ränke. Vergl. die Sprüchwörter und Sinnreden des Deutschen Volks in alter und neuer Zeit. (Verfasser, Ort und Zeit der Herausgabe ist nicht angegeben).

Drückend aber wird für jeden einigermaßen feinfühlenden Menschen das Bewußtsein, daß der Schenker das Maß seiner Kräfte überschritten hat, und dieser Druck wird um so empfindlicher, je mehr letzteres der Fall war und der Schenker, um seinen Verlust auszugleichen oder unschädlich zu machen, sich Entbehrungen auferlegen muß, oder sein Vermögen nach und nach in Unordnung bringt und dem Verfall entgegenführt. Der einsichtige Beschenkte wird rechtzeitig Vorkehrungen treffen, daß ihn demnächst kein Vorwurf trifft. Mit der Beschränkung der Schenkfreiheit würde daher das Gesetz den unabhängigen und klugen Beschenkten kein Unrecht zufügen, indem es von ihnen nur Dasjenige verlangt, was sie schon von selbst thun oder unterlassen werden. Wir haben es daher nur mit der Kategorie derjenigen Menschen zu thun, deren Habsucht ihr Unabhängigkeitsgefühl oder ihre Klugheit (Sorge für guten Ruf) überwuchert. Für derartige Menschen braucht sich aber der Gesetzgeber nicht sonderlich zu erwärmen. Die Maitresse, die durch Annahme übermäßiger Geschenke an Geld und Geldeswerth ihren Liebhaber ruinirt und dessen Frau und Kinder der Noth preisgiebt, der Mitwisser eines bisher unentdeckten Verbrechens, der von dem geängsteten Verbrecher ein übermäßiges Geschenk als Schweiggeld empfängt, der leichtsinnige Neffe, welcher behufs Einlösung seiner Ehrenwortscheine von seinem, die Familienehre hochhaltenden Oheim eine Geldsumme schenkweise empfangen hat und der, späterhin zu größerem Vermögen gelangt, das von jenem gebrachte schwere Vermögensopfer durch Rückzahlung nicht ausgleichen will, der Pflegesohn, der bei der Protokollirung des Vermögensschenkungsvertrags die Verpflichtung zur lebenslänglichen Verpflegung, Verköstigung u. s. w. nicht ausdrücklich übernimmt, und späterhin seine arm gewordenen Pflegeeltern darben läßt, diese und ähnliche Sorten von Menschen verdienen den Schutz nicht, der dem redlichen Erwerb gebührt. Aber selbst in den Fällen, in welchen am schenkweisen Erwerb kein moralischer Schmutz klebt, ist schon die bewußte Theilnahme des Beschenkten an der den Schenker ruinirenden Vermögensverschwendung eine volkswirthschaftlich nicht zu duldende Handlung, sie ist und bleibt eine Ausbeutung des Leichtsinns, der Unerfahrenheit, Dummheit oder geschäftlichen Unselbstständigkeit des Schenkers, so daß das Gesetz keinen Anstand zu nehmen braucht, derartige Schenkungen für ungültig zu erklären, und den Beschenkten zur Rückgabe des ganzen Geschenks zu verpflichten. Nun mag es ja im Leben auch vereinzelte Fälle geben, in welchen der Beschenkte von

der schädlichen Uebermäßigkeit der Schenkung keine Kenntniß hat, in welchen er vielmehr des guten Glaubens ist, daß sie den Vermögensverhältnissen des Schenkers entspreche. In diesen Fällen stehen sich zwei des Schutzes gleichmäßig bedürftige Interessen entgegen, welche Kollision am gerechtesten durch ein Kompromiß dahin gelöst wird, daß der Beschenkte nicht das ganze Geschenk, sondern nur Dasjenige zurückzugeben verpflichtet wird, um was er zur Zeit der Geltendmachung des Rückforderungsrechts noch bereichert ist.

2. Gegenstand der Schenkung.

§ 3.

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre und dem Entwurf, welche für den Begriff der Schenkung eine Vermögenszuwendung an den Beschenkten, eine Vermögensbereicherung[1]) erfordern, läßt, wie das Römische Recht[2]), so auch das heutige Rechtsbewußtsein jedes wirthschaftliche Gut als Gegenstand der Schenkung zu. Wirthschaftliches Gut ist aber nicht bloß das Ding der außermenschlichen Natur, welches unsre materiellen Bedürfnisse zu befriedigen im Stande ist (Vermögensgegenstand), sondern Alles und Jedes, was unsre anerkannt wirthschaftlichen Bedürfnisse und Interessen, materielle und immaterielle, zu befriedigen geeignet ist, und was die Quelle wirthschaftlicher Mittel sein kann. Das materielle Vermögen ist nur eine Spezies des wirthschaftlichen Guts. Außerwirthschaftliche Güter, obwohl man auch sie im gesellschaftlichen Verkehr als

[1]) So Meyerfeld: Das Verschaffen eines pekuniären Vortheils, der Vortheil, den der Beschenkte erhält, muß in Geldeswerth angeschlagen, und als ein Vermögensbestandtheil angesehen werden können. Die Lehre von den Schenkungen. Bd. I. § 1 Nr. 1. 3. — Savigny: Die Bereicherung besteht darin, daß das Vermögen des Beschenkten, dem letzten Erfolg nach, in seinem Totalwerthe vermehrt werde. System. Bd. IV. § 149. — Schilling: Vertrag, wodurch Jemand aus Liberalität oder freier Gunst irgend ein Vermögensrecht an einen Anderen veräußert. Institutionen. Bd. III. § 350. — Windscheid: Schenkung im weiteren Sinn ist jede nicht testamentarische Vermögenszuwendung, durch welche a) das Vermögen des Empfängers vermehrt wird; b) deren Bestimmungsgrund für den Zuwendenden die Absicht ist, das Vermögen des Empfängers zu vermehren; die c) von dem Empfänger als eine in dieser Absicht gemachte angenommen wird. Im engeren Sinne ist Schenkung nur diejenige Vermögenszuwendung der bezeichneten Art, durch welche zugleich das Vermögen des Zuwendenden in entsprechender Weise vermindert wird. Pand. § 365.

[2]) Freiheit aus Sklaverei (servus libertate donatur), Familien-Selbstständigkeit (emancipationem donare), Civität (civitate donatus).

Gegenstände von Schenkungen zu bezeichnen pflegt[1]), finden im Rechtsgebiet keine Stelle. Nach der herrschenden Lehre können nur materielle und unmittelbare Vermögensgüter Gegenstand der Schenkung sein, nicht auch immaterielle, und wo sich irgendwo eine wohlwollende, freiwillige und unentgeltliche Zuwendung eines idealen Guts findet, da soll keine Schenkung vorliegen und jedenfalls fänden die Grundsätze der Schenkung auf sie keine Anwendung. Diese Doktrin hat in den Rechtsanschauungen unsres Volks keinen Eingang gefunden. Hier sind auch immaterielle Güter, so fern sie überhaupt ein rechtlich anerkanntes Interesse zu befriedigen vermögen, Gegenstand der Schenkung. Ich führe einige selbst beobachtete Fälle an. Ein in die Hände von Wucherern gerathener jüngerer Mann hatte sich ehrenwortlich durch Schuldschein verpflichtet, zu einer bestimmten Zeit eine größere Summe zu zahlen. Wenige Tage vor dem Verfall offenbarte er sich einem Freunde; die Summe war zu groß, als daß sie von den herbeigerufenen Freunden gedeckt werden konnte, und man mußte den Freund in dieser Hinsicht seinem Schicksal überlassen. Dagegen wurde mit dem Gläubiger eine Vereinbarung getroffen, daß dieser den Ehrenwortschein aushändigen, dafür einen gewöhnlichen Darlehnsschuldschein von seinem Schuldner erhalten und als Preis hierfür von den Freunden eine bestimmte Summe erhalten sollte. Dies geschah, Alles mit Zustimmung des Schuldners, den man von vornherein jeder Verpflichtung zur Rückzahlung enthob. Man nahm allerseits an, daß diese Summe lediglich ein Vermögensopfer der Freunde sei. Späterhin erwies sich der aus dieser Noth Gerettete gegen einen seiner Retter aus der Noth in höchstem Grade undankbar, und es wurde die Frage erörtert, ob auf dem Wege des Widerrufs der Schenkung der fragliche Retter den Ersatz seines Antheils an der Auslösungssumme von dem Geretteten verlangen könne. Die Frage wurde gerichtlich nicht ausgetragen, doch stimmten alle zu Rathe gezogenen Juristen wenigstens in dem Punkte überein, daß nach ihrer Rechtsüberzeugung der Undankbare zum Ersatz jenes Antheils verpflichtet sei. — Ein Arzt hatte sich einer Gemeinde gegenüber verpflichtet, für die Dauer von 5 Jahren seinen Wohnsitz in ihrem Dorfe zu nehmen. Eine Verpflichtung zur Ausübung der ärztlichen Praxis übernahm er nicht; man ging beiderseits davon aus,

[1]) Schenken Sie mir die Ehre Ihres Besuchs, Ihre Aufmerksamkeit, Liebe, Zuneigung, Freundschaft, Geduld u. s. w.

daß er schon in seinem eigenen Interesse die Praxis ausüben werde, sofern nicht dringende Abhaltungsgründe eintreten würden. Nach Ablauf eines Jahres traten Verhältnisse ein, die es ihm und seiner Familie sehr wünschenswerth erscheinen ließen, daß er seinen Wohnsitz aufgebe. Die Gemeinde beharrte auf dem Vertrag, um so mehr, als sie mit den ärztlichen Leistungen ihres Schuldners sehr zufrieden war, und die Berufung eines anderen Arztes nur durch Aufwendung erheblicher Geldopfer hätte bewirken können. Jener wollte indessen keine Abfindungssumme bezahlen. Da verstand sich seine Mutter hierzu; er selbst war mit der Befreiung von seiner Wohnsitzverpflichtung dankend einverstanden; eine Verpflichtung zur Rückgabe der aufgewendeten Summe war ausdrücklich ausgeschlossen. Nach dem Tode der Mutter entstand unter deren Erben ein Streit darüber, ob der Sohn die von der Mutter gezahlte Abfindungssumme zu konferiren habe. Die Erben behaupteten eine Schenkung dieser Summe; der Sohn behauptete, nicht diese, sondern die Freiheit von seiner Wohnsitzverpflichtung sei ihm geschenkt worden, sein Vermögen sei dadurch nicht vermehrt oder bereichert worden, im Gegentheil, er habe eine sehr einträgliche Praxis aufgegeben und viele Jahre nöthig gehabt, um sich an seinem neuen Wohnsitze eine halbwegs rentable Praxis zu gründen. Die Sache wurde verglichen. — Kurz vor der Hochzeit eines Brautpaares theilte der Bräutigam seiner Braut Verhältnisse mit, die es ihm als eine Pflicht gegen sich selbst und seine Eltern erscheinen ließen, nicht zu heirathen und das Verlöbniß zu lösen. Die Braut in ihrer Großmuth und Liebe gab ihn frei. Auf seinen Rath verkaufte sie ihre kurz vorher angeschaffte und nunmehr zwecklos gewordene Ausstattung, und büßte dabei gut ein Dritttheil deren Anschaffungspreises ein. Nach einiger Zeit benahm sich der vorhinige Bräutigam in gehässigster Weise gegen seine frühere Braut, indem er namentlich intime Beziehungen derselben zu ihm dritten Personen gegenüber grund- und rücksichtslos offenbarte. Es fragte sich, ob wegen dieser schnöden Undankbarkeit die also Gekränkte den Ersatz jenes beim Verkauf ihrer Ausstattung erlittenen Vermögensverlusts verlangen könne. Auch hier behauptete der Undankbare, es sei ihm lediglich die Freiheit vom Joche der Ehe geschenkt, sein Vermögen sei dadurch aber nicht vermehrt worden, im Gegentheil, er habe mit der Lösung des Verlöbnisses eine Reihe von Vermögensopfern bringen müssen und namentlich auf eine große Mitgift seiner Braut an Kapitalien und dergleichen verzichtet.

Derartige Fälle von Schenkungen immaterieller Güter sind im Leben keine Seltenheiten. Wer eine langjährige Erfahrung hinter sich hat, wird bestätigen können, daß sie häufig genug vorkommen. Man braucht nicht gerade nur an die Fälle des Loskaufs eines von See- oder Landräubern gefangenen Menschen, wobei Verwandte und Freunde aus Liebe und Barmherzigkeit und ohne die Absicht der Rückforderung die Loskaufsgelder aufgebracht haben, zu denken, man braucht sich nur der zahlreichen Fälle zu erinnern, in denen es sich um Schweiggelder wegen Verbrechen oder Vergehen, um die Einlösung gefälschter Wechsel und Urkunden, um die Verdeckung von Unterschlagungen, und um die Verhütung einer strafrechtlichen Untersuchung und Bestrafung wegen Verbrechen oder Vergehen handelt. Wohl konkurrirt hierbei vielfach die Befreiung eines Schuldners von einer vermögensrechtlichen Verbindlichkeit, allein dies ist meistens nur die nothwendige Folge der Schenkung eines immateriellen Guts, eine Folge, die der Schenker meistens gar nicht im Auge hat, an die er gar nicht denkt, die gar keine oder nur eine sehr untergeordnete Rolle spielt, während das ganze Sinnen und Trachten des Schenkers nur und allein auf die Beschaffung jenes immateriellen Guts gerichtet ist. Man denke an die Fälle der totalen Ueberschuldung eines in Amt und Würde stehenden Mannes, dessen Vermögenszusammenbruch von theilnehmenden Verwandten und Freunden mit dem besten Willen nicht mehr aufgehalten werden kann. Allein es sind gefälschte Wechsel im Umlauf, es haben Unterschlagungen stattgefunden. Um ihn vor Schimpf und Schande, Ehrlosigkeit, Zuchthaus oder Gefängniß zu bewahren, und um seine und seiner Familie Existenz nicht völlig vernichten zu lassen, schießen Verwandte und Freunde solche Summen zusammen, daß die Einlösung der gefälschten Wechsel und die Verdeckung der Unterschlagungen ermöglicht wird. Jeder der Helfer hat nur jene Ziele und Zwecke im Auge, keiner denkt an eine Vermögensbereicherung des Schuldners, die zudem für diesen auch nicht den geringsten Werth hat, da es ihm bei bevorstehendem Konkurse ganz gleichgültig ist, ob er ein paar Tausend Mark mehr oder weniger überschuldet ist. Ehre und Freiheit in ihren verschiedenen Lebensgestaltungen sind immaterielle, aber wirthschaftliche Güter, die nach den geläuterten Rechtsanschauungen unsres Volks allerdings Gegenstände einer Schenkung sein können, und es ist keineswegs richtig, dies lediglich auf irdisches Gut einzuschränken.

Zur Rechtfertigung der herrschenden Doktrin kann man auch

nicht die Konstruktion versuchen wollen, daß es sich in jenen Fällen eigentlich um eine Schenkung von Geldsummen Seitens der helfenden Verwandten und Freunde an den in der Noth befindlichen Schuldner und um ein Loskaufs- oder Befreiungsgeschäft zwischen diesem und dem Gläubiger handle. Dieser Konstruktionsversuch widerspricht dem thatsächlichen Vorgang und somit der Wahrheit allzusehr.

Das Gebiet der immateriellen wirthschaftlichen Güter, welche Gegenstand von Schenkungen sein können, ist ein ausgedehntes. Neben der Ehre und Freiheit sind es vornehmlich die Erziehung, die wissenschaftliche, künstlerische, gewerbliche und gesellschaftliche Ausbildung, die man im Leben als Geschenke antrifft. Auch sie unterliegen nach den Rechtsanschauungen des Volks einem Widerruf wegen groben Undanks insofern, als der Schenker, welcher sich zur unentgeltlichen Ausbildung des Beschenkten für eine Reihe von Jahren verpflichtet hatte, im Falle widerfahrenen groben Undanks die Fortsetzung der Ausbildung verweigern und den Ersatz der auf die bisherige Ausbildung verwendeten Geldopfer verlangen kann.

Zu den wirthschaftlichen, und speziell zu den Vermögensgütern gehört auch die Sicherheit der Forderung eines Gläubigers vor den Folgen der Zahlungsweigerung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch Pfandbestellung oder Bürgschaft, und können daher beide Sicherstellungsgeschäfte den Charakter der Schenkung annehmen. Die Pfandbestellung freilich durch den Schuldner selbst, mag sie auch noch so freiwillig, Angesichts seiner bevorstehenden völligen Insolvenz und in der Absicht der Bevorzugung des Gläubigers erfolgen, wird doch niemals Schenkung sein können, denn sie hat den Zweck der Schuldentilgung, und zu dieser ist der Schuldner verpflichtet. Anders die Bürgschaft und Pfandbestellung Seitens eines Dritten. Die herrschende Lehre und der Entwurf sprechen ihnen die Möglichkeit des Schenkungscharakters ab, weil sie niemals zu einer Bereicherung oder schließlichen Vermehrung des Totalwerths des Vermögens des Gläubigers führten. Diese Ansicht ist selbst dann unrichtig, wenn man die Bereicherung als ein Erforderniß der Schenkung betrachten wollte. Man nehme die Schuld eines dermalen vollständig insolventen Schuldners, diese Forderung hat dermalen auch nicht den geringsten Werth; kommt dazu, daß weder die Persönlichkeit des Schuldners, noch die sonstigen Verhältnisse jemals auf bessere finanzielle Umstände desselben schließen lassen, so ist und bleibt diese Forderung werthlos; der Kaufmann schreibt sie in seinen Büchern ab, jeder Gläubiger be-

trachtet sie als verloren, und wer dennoch mit ihr, wie mit einem wirklichen Vermögensbestandtheil rechnen wollte, würde sich einer argen Täuschung hingeben. Ist sie so für den Gläubiger verloren, und ist damit der Totalwerth seines Vermögens um diesen Betrag vermindert, und es kommt nun ein Dritter, welcher in schenkweiser Absicht den Betrag der Forderung dem Gläubiger zahlt, so bereichert er damit ganz unverkennbar dessen Vermögen, indem er den dermaligen Totalwerth dieses Vermögens vermehrt. Der Zahlung steht die Bürgschaft und Pfandbestellung gleich. Erkennt man nun gar, worüber im Verkehrsleben auch nicht der geringste Zweifel besteht, in der durch solide Bürgschaft oder das werthvolle Pfand eines Dritten gewährten Sicherheit einer Forderung ein besonderes wirthschaftliches Gut, so wird man die Möglichkeit einer Schenkung nicht bestreiten können, und man wird es gewiß billigen, daß derartige Schenkungen den für Schenkungen überhaupt gegebenen Formvorschriften unterliegen, und wegen groben Undanks angefochten werden können.

3. Absicht des Schenkers.

§ 4.

Man ist allgemein darin einverstanden, daß zum Begriff der Schenkung nicht blos die Absicht des Schenkers zur unentgeltlichen Zuwendung eines schenkbaren Guts an den Beschenkten gehört, sondern daß es auch noch einer weiteren, besonderen Absicht des Schenkers bedarf, um das Zuwendungsgeschäft zu einer Schenkung zu machen. Diese besondere Absicht soll nach der herrschenden Lehre und nach dem Entwurfe die auf die Bereicherung des Beschenkten gerichtete Absicht des Schenkers sein. Unter der Bereicherung aber wird verstanden die schließliche Vermehrung des Vermögens des Beschenkten in seinem Totalwerthe [1]). Dabei erfährt jedoch die Absicht der Bereicherung gewisse Einschränkungen. So soll das Bewußtsein des Zuwendenden, daß durch den Zuwendungsakt das Vermögen des Empfängers bereichert werde, dann nicht genügen, wenn beim Zuwendenden eine Absicht bestehe, durch welche die der Bereicherung ausgeschlossen werde, und dies sei schon dann der Fall, wenn eine wirklich vorhandene Absicht so vorherrschend sei oder überwiege, daß dagegen die Bereiche-

---

[1]) Savigny, a. a. O. § 152, 149. Windscheid, a. a. O. § 365. „Schenkung ist die Bereicherung um der Bereicherung willen".

rung ganz in den Hintergrund oder als untergeordnet zurücktrete. Die Bereicherung werde dann nur als eine untrennbare, gelegentliche Folge zugelassen, ohne selbst den Entschluß zum Rechtsgeschäft zu bestimmen, so daß dieses eben so vollzogen sein würde, auch wenn keine Bereicherung daraus hervorgegangen wäre. Zur Begründung dieser Ansicht beruft man sich auf eine Reihe quellenmäßiger Beispiele, in welchen, obwohl eine gewisse Absicht auf Bereicherung eines Andern vorliegt, das positive Recht dennoch eine Schenkung nicht annimmt. Die wichtigeren dieser Beispiele sollen hier einer Erörterung unterzogen werden.

„Wenn Einer eine Sache wissentlich über ihren Werth bezahlt, weil sie ihm unentbehrlich ist, oder unter ihrem Werth verkauft, weil er jetzt Geld braucht und nicht anders bekommen kann, so weiß er, daß er den Andern bereichert, aber in seiner Absicht liegt dieses so wenig, daß er es gerne vermeiden würde, wenn er nur könnte. Er unterwirft sich dem Verlust als einem nothwendigen Uebel u. s. w." Richtig ist, daß hier keine Schenkung, keine Absicht zu schenken, vorliegt. Aber jene Begründung ist unrichtig. Wer ein Haus, das für den Verkäufer und für ihn, den Käufer selbst, nur einen Werth von 20 000 hat, absolut haben will, und um den Verkäufer zum Verkauf geneigt zu machen, diesem 50 000 anbietet, hat unzweifelhaft die Absicht, den Verkäufer um 30 000 zu bereichern; die Meinung, daß er diese Absicht nicht habe, ist thatsächlich unrichtig. Ob er diesen Verlust und diese Bereicherung von 30 000 gerne vermeiden möchte, wenn er nur könnte, und ob er sich dem Verlust nur als einem nothwendigen Uebel unterwerfe, ist juristisch gleichgültig, da es im Verkehrsleben darauf, ob man einen Vertrag gern oder ungern schließt, unmöglich ankommen kann. Erfüllt doch auch nicht jeder Schuldner seine Verbindlichkeiten gern, und unterwirft sich doch auch der Darlehnsempfänger dem nothwendigen Uebel späterer Zurückzahlung. Und was insbesondere die Schenkungen betrifft, so giebt es im Leben Fälle genug, in welchen Jemand recht ungern schenkt, und dem durch die Sitte oder andere Umstände auferlegten Zwang zur geduldigen Hinnahme des nothwendigen Uebels einer Schenkung sich unterwirft. Die Absicht der Bereicherung kommt namentlich dann zum unverkennbaren Ausdruck, wenn bei den Verkaufsunterhandlungen von beiden Seiten anerkannt wird, daß das Haus in der That nur einen Werth von 20 000 habe, der Verkäufer aber 30 000 verdienen wolle. Nach den beiderseitigen Anschauungen ist diese Summe zunächst

nicht ein Aequivalent für das Haus selbst, sondern ein Preis für die Geneigtheit des Verkäufers zum Verkaufe überhaupt. Der nächste Zweck, die nächste Absicht des Käufers geht auf die Bereicherung des Verkäufers um 30 000, und sein entfernterer Zweck, seine entferntere Absicht auf den begehrten Vertragsabschluß. Man kann diesen Gedanken auch so ausdrücken: Des Käufers Zweck und Absicht geht auf Abschluß des Vertrags, und die beabsichtigte Bereicherung des Verkäufers ist nur Mittel zur Erreichung seines Zwecks. Der Käufer handelt hier überall nur in seinem Interesse; auch wenn er das Interesse des Verkäufers noch so sehr fördert, thut er dies doch nur in seinem eigenen Interesse; er bereichert den Verkäufer nicht um dessen, sondern um seiner selbst willen; er handelt nicht diesem zu Liebe, nicht diesem zu Gefallen, sondern sich zu Liebe, sich zu Gefallen, zur Erreichung seines Zwecks, zur Beförderung seines wirklichen oder vermeintlichen Nutzens oder zur Befriedigung seines Eigensinns. Richtig ist daher, wenn Savigny den Mangel der Schenkungsabsicht damit kennzeichnet, daß die Zwecke, die der Käufer verfolge, sich bloß auf ihn selbst, nicht auf den Verkäufer bezögen. Die bloße Bereicherungsabsicht des Schenkers ist daher nach den für dieses Beispiel gegebenen Erläuterungen Savigny's niemals ein charakteristisches Merkmal der Schenkung[1]).

In einer zweiten Kategorie von Fällen soll „die Bereicherung nur die gelegentliche, aber unfehlbare Folge der Familienverhältnisse sein. Werden nun diese durch ein Rechtsgeschäft neu bestimmt, so gelten sie als das Ueberwiegende, und die Bereicherung tritt als untergeordnet zurück, auf sie ist dann die Absicht nicht zu beziehen, und die wirklich vorhandene Bereicherung kann nicht als Schenkung angesehen werden." Als nächstes Beispiel wird angeführt: „Wenn daher ein Ehegatte dem andern den unentgeltlichen Mitgebrauch eines Hauses oder anderer Sachen überläßt, welches unter Fremden eine Schenkung sein könnte, so ist es keine Schenkung, weil es aus dem gemeinsamen häuslichen Leben folgt, und daraus folgen würde, auch wenn für den andern Theil kein Geldgewinn damit verknüpft wäre"[2]).

Hiergegen ist zu erwidern, daß der an die Spitze gestellte allgemeine Satz zu allgemein und weittragend und das angeführte Beispiel

[1]) Dasselbe Für und Wider gilt auch von den beiden Fällen der Bereicherung bei dem Vergleichsabschluß und dem Accord der Gläubiger mit einem insolventen Schuldner. Savigny, a. a. O. S. 81.

[2]) Savigny, a. a. O. S. 81.

nicht zutreffend ist. Es giebt allerdings Fälle, in welchen es dem einen Ehegatten an der Absicht der Bereicherung des andern fehlt. Es giebt aber auch entgegenstehende. Man nehme den Fall: zwei Eheleute bewohnten bisher ein dem Manne gehörendes Haus, während das der Frau gehörende, unter ihrer eigenen Verwaltung stehende Haus vermiethet war und jährlich einige Tausend Mark Miethzins eintrug, der stets für die Frau als Kapital verzinslich angelegt worden war. Nun weiß der Ehemann seine Frau zu bestimmen, daß deren Haus von der Familie bewohnt und sein eigenes vermiethet werde, so daß die Jahresrevenüen des letzteren ihm allein zufallen sollen. Ist dies alles in der bestimmten und ausdrücklich erklärten Absicht beider Theile, dem Vermögen des Mannes auf diese Weise aufzuhelfen und dasselbe zu vergrößern, vereinbart worden, so ist doch in der That die Bereicherung des Mannes das Ueberwiegende, die Wohnungsveränderung nur Mittel zu jenem Zweck, und man wird daher in dieser Vereinbarung, falls die Frau damit überhaupt ihrem Manne einen Gefallen zu erweisen die Absicht hatte und nicht von eigennützigen Zwecken geleitet war, eine wahre Schenkung erblicken müssen[1]).

„Endlich giebt es auch Fälle," fährt Savigny fort, „worin die persönliche Pietät gegen den Bereicherten oder gegen einen Dritten der eigentliche Beweggrund zu einer Handlung ist. Auch dagegen tritt dann die Bereicherung als untergeordnete Folge zurück, und die Handlung kann deshalb nicht als Schenkung beurtheilt werden." Als Beispiel hierfür wird angeführt: wenn ein Testamentserbe ein Vermächtniß vollständig auszahlt, obwohl er die Falcidische Quart hätte abziehen können, so wird durch diesen freien Entschluß der Vermächtnißnehmer bereichert. Geschieht es jedoch nicht zum Zweck der Bereicherung, sondern aus Pietät gegen den Erblasser, so gilt die Handlung nicht als Schenkung, während wenn der Erbe einem ihm besonders befreundeten Vermächtnißnehmer den Abzug erläßt, den übrigen nicht, sich dieser Erlaß als Schenkung zeigt, und nicht

---

[1]) L. 18 l. 28 § 2, l. 31 § 1 de don. int. vir (24. 1) reden nur von unbedeutenden Gebrauchsleistungen; derartige Schenkungen zwischen Ehegatten sollen nicht verboten sein. — Wenn Savigny, a. a. O. in Not. c das gemeinschaftliche Bewohnen des Hauses der Frau als das principale ansieht, und dies damit rechtfertigt, daß der natürlichste Gebrauch eines Hauses darin bestehe, daß es vom Eigenthümer bewohnt werde, so übersieht er doch, daß das Vermiethen eines Hauses auch ein sehr natürlicher Gebrauch desselben ist.

als Pietät gegen den Verstorbenen[1]). Um die Richtigkeit dieser Begründung beurtheilen zu können, muß man auf den mitgetheilten Fall doch näher eingehen. Der Erbe, dessen Erbschaft durch übergroße Vermächtnisse seines Erblassers geschmälert ist, steht vor der Wahl, ob er dem Wunsche seines Erblassers nachkommen und das Vermächtniß dem Bedachten ganz zuwenden, oder ob er mit Ignorirung jenes Wunsches von seinem Rechte Gebrauch machen und den gesetzlichen Abzug zu eigenem Vortheil und zum Nachtheil des Bedachten eintreten lassen soll. Dieser Wunsch des Erblassers, von welchem man im Leben zu sagen pflegt, er solle dem Erben heilig sein, hat auf den Durchschnittsmenschen einen mehr oder weniger starken Einfluß, und wenn sich nun der Erbe, dem ihm auferlegten seelischen oder sozialen Zwange nachgebend, aus wirklicher oder erheuchelter Pietät gegen seinen Erblasser zum Verzicht auf sein Abzugsrecht entschließt und das Vermächtniß in seinem ganzen Umfange entrichtet, so ist seine Pietät doch nur Beweggrund für seine Absicht, das Vermögen des Vermächtnißnehmers zu bereichern, welchem Beweggrund hier keine größere Wirksamkeit beigelegt werden kann, wie anderen Beweggründen bei anderen Rechtsgeschäften. Der Erbe selbst hat bei der Prüfung der Frage, wie er sich dem Wunsche seines Erblassers gegenüber verhalten soll, nicht bloß das Bewußtsein, daß er im entsprechenden Falle das Vermögen des Vermächtnißnehmers vermehre, sondern er hat auch geradezu die Absicht der Bereicherung. Diese tritt namentlich dann recht erkennbar hervor, wenn der Erblasser einen großen Werth darauf gelegt hatte, daß das Vermächtniß unverkürzt und ohne den dem Erben gesetzlich eingeräumten Abzug entrichtet werde. Denn der Erbe fragt sich, soll ich mich durch den Verzicht auf mein Recht in meinem Vermögen schädigen oder soll ich mich durch Geltendmachung meines Rechts nicht schädigen, und soll ich den Vermächtnißnehmer bereichern oder soll ich ihn nicht bereichern. Ob er sich zu dieser Bereicherung gerne entschließt oder nur ungern, und von welchem Beweggrunde er sich dabei leiten läßt, ist ganz gleichgültig. Wenn also trotz der Bedeutungslosigkeit des Pietätsgefühls als Beweggrunds und trotz der stark hervorgetretenen Bereicherungsabsicht in obigem Falle eine Schenkung nicht angenommen wird, so kann diese Absicht als ein charakteristisches Merkmal der Schenkung nicht angesehen werden.

---

[1]) Savigny, a. a. O. S. 83 f.

Als zweites Beispiel wird die unentgeltliche Pflege und Erziehung eines fremden Kindes angeführt. Geschehe dies blos aus rein menschlichem Antheil an dem Kinde, so liege eine Schenkung nicht vor. Dabei soll es Fälle geben, in welchen eine Bereicherungsabsicht überhaupt nicht bestehe, weil der freiwillige Erzieher bei seiner löblichen Handlung nicht an einen geschenkten Geldeswerth denke [1]). Darf man diesen Satz dahin verallgemeinern, daß überall da, wo Jemand bei einer freiwilligen und unentgeltlichen Zuwendung an deren Geldwerth nicht denke, auch eine Bereicherungsabsicht und darum eine Schenkung nicht vorliege, so würde man in zahllosen Fällen Schenkungen von zweifelloser Existenz verleugnen müssen. In anderen Fällen soll die Bereicherungsabsicht als ein untergeordnetes Moment hinter dem rein menschlichen Antheil des Erziehers an dem fremden Kinde zurücktreten. Aber was ist denn dieser rein menschliche Antheil? Eine positive Erklärung dieses Begriffs wird uns nicht gegeben. Man sollte doch denken, er ist die Theilnahme eines guten Herzens an dem Schicksal eines Kindes; es sieht Jemand ein fremdes Kind der Noth des Lebens preisgegeben, er sieht es darben, ungenügend ernährt und gekleidet, ohne Erziehung, in schlechter Gesellschaft, er will es vor leiblichem und sittlichem Verkommen retten, oder er will die unzweifelhaft vorhandenen guten geistigen Anlagen des Kindes ausbilden, er will es zu einem tüchtigen Mitglied der menschlichen Gesellschaft erziehen und eine sichere Existenz ihm gründen, mit einem Worte, er will ihm Wohlthaten erweisen, deren es ohne seine thätige Antheilnahme voraussichtlich für alle Zukunft entbehren würde. Aber gerade dieser Begriff wird von den Vertretern der herrschenden Lehre ausdrücklich ausgeschlossen [2]). Und warum soll denn jede sonstige rein menschliche Theilnahme an einem fremden Kinde das für den freiwilligen Erzieher prinzipale Moment, und die Absicht der Wohlthätigkeit und eventuell der Bereicherung das untergeordnete, die Wohlthat selbst

---

[1]) Solche Pflege- und Erziehungsfälle mögen doch wohl sehr selten sein. Wenn der Erzieher vor Fassung seines Entschlusses von der Theilnahme am fremden Kinde und von der edlen Aufgabe, die er sich gesetzt hat, auch noch so sehr erfüllt ist, wird er doch zuweilen auch an den Geldpunkt und an die pekuniären Vortheile, die dem Kinde erwachsen werden, denken. Jedenfalls kommen ihm aber solche Gedanken im Laufe der Pflege und Erziehung. Mit solchen Gedanken kann man im praktischen Rechtsleben nicht operiren, selbst abgesehen davon, daß ihre Beweise trügerisch sind.

[2]) Savigny, a. a. O. S. 85 Not. k, S. 86 f.

und die Bereicherung des Kindes nur die untrennbare, den Entschluß zum Rechtsgeschäft nicht bestimmende Folge des rein menschlichen Antheils sein? Ist es nicht vielmehr gerade der Hauptzweck, die Hauptabsicht des Erziehers, dem Kinde die Wohlthaten der Erziehung zuzuweisen? Die Fälle, in welchen Jemand bei solcher Erziehung eines fremden Kindes nur die Bedürfnisse seines eigenen Herzens oder die Erfüllung einer religiösen oder bürgerlichen Pflicht im Auge hat, sind doch wohl sehr selten. Wenn dann in dem Falle, daß ein Reicher einige Kinder aus einer zahlreichen Familie nicht in sein Haus aufnimmt, sondern bei andern in Pflege giebt und dafür Kostgeld zahlt, ein reines Geldgeschenk an den Vater angenommen wird[1]), so kann doch wahrlich diese Verschiedenheit der Form, in welcher der rein menschliche Antheil an dem fremden Kinde zum Ausdruck gelangt, den Begriff dieses menschlichen Antheils nicht alteriren. Ist es auch hier gestattet, jenen Satz dahin zu verallgemeinern, daß überall da, wo Jemand zu einer freiwilligen und unentgeltlichen Zuwendung durch seinen rein menschlichen Antheil am Empfänger bestimmt wird, eine Schenkung nicht angenommen werden dürfe, dann würde das Schenkgeschäft im Leben auf ein minimales Gebiet beschränkt, und es müßten auch hier in zahllosen Fällen Schenkungen von unzweifelhafter Existenz verleugnet werden.

Prüft man nun die herrschende Lehre von der Nothwendigkeit der Bereicherungsabsicht an der Hand des Lebens, so wird man allerdings zahlreichen Schenkungsfällen begegnen, in welchen die Absicht des Schenkers unmittelbar, ausgesprochener Maßen oder sonst wie unzweifelhaft auf die Bereicherung, auf die Vermehrung des Vermögens des Beschenkten in seinem Totalwerthe gerichtet ist. Es ist dies insbesondere dann der Fall, wenn ein größeres Geldkapital zur Begründung eines Geschäfts oder ein Landgut zum Betrieb der Landwirthschaft geschenkt wird; hier soll ein Vermögen geschaffen werden, aus dessen verständiger Bewirthschaftung dem Beschenkten Revenüen erwachsen, die ihm und seiner Familie eine sichere und sorgenfreie Existenz bereiten können. Andrerseits aber giebt es in zahlreichen Lebensverhältnissen zahllose Schenkungsfälle, in welchen die Absicht der Bereicherung thatsächlich gar nicht vorhanden ist, oder wenn zufällig einmal vorhanden, doch nicht in die äußere Erscheinung

[1]) Savigny, a. a. O. S. 86 Not. m.

tritt, und jedenfalls nicht Vertragsbestandtheil wird. Man betrachte nur die Geburtstags-, Weihnachts- und Hochzeitsgeschenke, die Verwandte, Freunde und Bekannte einander zu geben pflegen, die Masse unnöthiger oder mehr oder weniger nützlicher Dinge, wer von allen Spendern hat denn die Absicht, mittelst dieser Gegenstände von mitunter zweifelhaftem Geldwerthe den Totalwerth des Vermögens des Beschenkten zu erhöhen? Es verstößt ja geradezu gegen Sitte und Anstand, den Geldwerth dieser Geschenke zu erwähnen, mag derselbe ein niedriger oder ein sehr großer sein. Die Geschenke seltener Bücher, interessanter Kunstgegenstände, berühmter Gemälde und dergleichen an öffentliche Bibliotheken, Museen, Bildergalerieen, werden, obwohl man von einer Bereicherung dieser Sammlungen spricht [1], doch nicht in der Absicht der Vermehrung des Totalwerths des Vermögens derartiger Anstalten gegeben, und es würde auf denjenigen Schenker ein sehr trübes Licht fallen, der sein Geschenk mit dem Bemerken begleitete, daß es so und so viel gekostet hätte. Selbst die vereinzelt und geheim oder die auf dem Wege öffentlicher Zeichnung an Gemeinden, Waisen-, Armen- und Krankenhäuser, an Kirchen, milde Stiftungen, Missions- und gemeinnützige Anstalten jeder Art behufs Unterstützung von Bedürftigen oder zur Förderung humaner, sittlicher oder nationaler Zwecke gegebenen Geldspenden, sofern sie alsbald an diese Bedürftigen verabfolgt werden sollen, und gleichsam nur als durchlaufende Einnahmen und Ausgaben erscheinen, werden nicht in der Absicht der Vermehrung des Totalwerths des Vermögens jener Anstalten gegeben. Noch viel weniger ist dies der Fall bei den Unterstützungen, die zur Linderung der Noth des Lebens der Bedürftigen diesen direkt gewährt werden. Auch der Gläubiger, der seinen Schuldner im Kampfe um die Erhaltung seiner Familie ringen und von Sorgen, Kummer und Verzweiflung gebeugt sieht, und aus Mitleid und Edelmuth diesem die Schuld erläßt, denkt hierbei nicht an dessen Bereicherung, und gleichwohl faßt das Leben selbst einen solchen Schulderlaß als Schenkung auf. Diese Beispiele, die auf Grund zahlreicher anderer Lebensverhältnisse in allen Schichten der Bevölkerung in sehr erheblichem Maße vermehrt werden können, werden zur Begründung der Ueberzeugung genügen, daß nach der rechtlichen Auffassung unsres Volks die Absicht des Schenkers, den

[1]) Man spricht ja selbst dann von einer solchen Bereicherung, wenn die erworbenen Gegenstände um bedeutende Preise angekauft worden sind.

Beschenkten zu bereichern, keinen wesentlichen Bestandtheil der Schenkung bildet.

Was ist denn nun in Wahrheit die Absicht des Schenkers, welche die freiwillige unentgeltliche Zuwendung zu einer Schenkung macht? Die Antwort ist nicht schwer zu finden, wenn man die allgemein anerkannte prinzipielle Bedeutung der Schenkung festhält. Die Schenkung ist hiernach eine Spezies der Gattung Gefälligkeit, die der Schenker dem Beschenkten erweist. Der Begriff der Gefälligkeit hat zwei Seiten; eine negative, daß sie vom Erweisenden in uneigennütziger Absicht und nicht zur Förderung seiner eigenen Interessen erwiesen wird, und eine positive, daß sie in der Absicht, dem Andern einen Gefallen zu erweisen, erfolgt. Dieser Gefallen ist ein Gattungsbegriff; sein charakteristisches Merkmal ist die Wahrung oder Förderung irgend eines von allen nur denkbaren Interessen des Lebens, realer oder idealer, geistiger oder körperlicher, privater oder öffentlicher; Interessen der Wissenschaft, Kunst, Religion, des Glaubens, der Humanität, Gesittung, des Handels und Wandels, der Gesundheit, Bildung, der Linderung der Noth, der Verhütung von Verbrechen und Lastern und dergleichen mehr. Was insbesondere die Interessen des Einzelnen betrifft, so können dieselben reine Geld- oder andere Vermögensinteressen sein, wissenschaftliche, künstlerische, gewerbliche, seelische (wie Freude und Zufriedenheit), gesellschaftliche (wie Ansehen, Würde, Glanz der Familie) und leibliche (wie Ernährung, körperliches Wohlbefinden, Behagen, Bequemlichkeit) und dergleichen mehr. Dies sind Dinge, die den Menschen gefallen, woran sie Gefallen finden, die ihnen gefällig (gelegen, beliebt, willkommen, angenehm, dienlich, nützlich, wohlthuend, zusagend, wohlgefällig) sind, die ihren Beifall haben, und wer sie einem Andern verschafft, der erweist ihm einen Gefallen oder eine Gefälligkeit. Und wer dies thut, um es zu thun, der handelt in der Absicht, einem Andern einen Gefallen oder eine Gefälligkeit zu erzeigen. Der Beweggrund zu diesem absichtlichen Thun kann in den verschiedensten Gebieten des Lebens liegen; man ist gefällig, weil es der Sitte, der Moral, der Religion entspricht, man thut dem Andern etwas Gutes aus Freundschaft, Liebe, verwandtschaftlicher Zuneigung, aus Mitleid, Wohlwollen, Edelmuth, Seelengröße, aus Dankbarkeit für früher empfangene Wohlthaten, aus Schwäche, verzeihlicher Prahlerei und Eitelkeit.

Nach diesen Momenten sind die einzelnen Schenkungsarten zu beurtheilen. Nimmt man beispielsweise die zwischen Verwandten und

Freunden gebräuchlichen Weihnachts-, Geburtstags- und Hochzeitsgeschenke, so weiß man, daß dieselben gegeben werden, um den Beschenkten einen Gefallen zu erweisen, um ihnen eine Freude zu machen. Wenn sie auch keinen Nutzwerth haben sollten, so pflegen sie doch dem Bedürfniß der Wohnlichkeit, dem Schönheitssinn irgendwie zu entsprechen. Andere erhöhen die Behaglichkeit und die Bequemlichkeit, andere dienen zur häuslichen Unterhaltung, wieder andere befriedigen ein Kunst- oder wissenschaftliches Bedürfniß, andere, wie silberne Tafelaufsätze, Brillanten und Juwelen erhöhen des Hauses Glanz und Würde u. s. w. Die Absicht, einen Gefallen damit zu erweisen, ist vorhanden; aus welchem Beweggrunde es aber geschieht, ist gleichgültig, derselbe kann die reinste Liebe und Zuneigung, die edelste Gesinnung sein, er kann aber auch darin liegen, daß man mit innerem Widerstreben und Aerger über die Persönlichkeit des Empfängers oder das gebrachte unnöthige und große Geldopfer sich lediglich der nun einmal bestehenden Sitte und ihrem sozialen Zwange unterwirft. Wer aus Eitelkeit und im Glauben, seine Mitmenschen zur Hochachtung für sich zu bestimmen, zur Unterstützung der Abgebrannten oder Wasserbeschädigten große Geldsummen zeichnet, wird zwar von einem unedlen Nebenmotiv geleitet, gleichwohl erweist er den Bedürftigen einen Gefallen, er hat die Absicht, diesen einen Gefallen zu erweisen und ist darum Schenker. Die an wissenschaftliche und Kunstanstalten, an Korporationen und Vereine zur Beförderung des öffentlichen Wohls gemachten Geschenke werden in der Absicht der Erfüllung der von diesen Instituten sich gesetzten Aufgaben und zur Förderung und Pflege ihrer Interessen gemacht, mögen auch bei einzelnen Schenkungen kleine Eitelkeiten der Schenker mitunterfließen. Auch diese Beispiele werden zur Begründung der Ueberzeugung genügen, daß nach der Rechtsauffassung unsers Volks die Absicht des Schenkers, dem Beschenkten einen Gefallen zu erweisen, wesentlicher Bestandtheil der Schenkung ist.

4. Vermögensbenachtheiligung des Schenkers.

§ 5.

Die herrschende Lehre und der Entwurf erfordern zum Begriff der Schenkung eine Vermögensverminderung des Schenkers[1]),

[1]) So Windscheid, a. a. O. § 365, Savigny, a. a. O. § 145: „Verlust", „es muß Etwas aus einem Vermögen ausscheiden und in das andere hinübergehen", „Veräußerung".

und scheiden daher diejenigen Fälle aus, in welchen blos die mögliche Vermehrung des Vermögens unterlassen, kein erworbenes Recht aufgeopfert wird, und insbesondere den Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Recht, wie die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zu Gunsten des Nachberufenen. Diese auf mißverstandene römische Rechtsquellen gegründete Ansicht widerspricht dem Wesen der Schenkung und unsrer heutigen Rechtsanschauung. Zwar ist die Vermögensverminderung d. h. die Verminderung oder Verkleinerung des gegenwärtigen wirklichen Vermögensstandes oder des Totalwerths eines Vermögens der weitaus häufigste Fall, allein er ist nicht der einzige, die so gedachte Vermögensverminderung ist nur eine Spezies der das Wesen der Schenkung ausmachenden Vermögensbenachtheiligung. Der ethische Charakter der Schenkung liegt darin, daß der Schenker das Interesse eines Andern nicht blos in uneigennütziger Absicht, mit Hintansetzung seines eigenen Vortheils, sondern geradezu zu eigenem Nachtheil, unter Beeinträchtigung, Beschränkung oder Benachtheiligung seiner eigenen Vermögensinteressen zu fördern bestrebt ist. Eine solche Vermögensbenachtheiligung liegt aber auch schon dann vor, wenn Jemand einen ihm dar- oder angebotenen Vermögenserwerb, den er ohne weitere Voraussetzung, als die seiner Annahmeerklärung, machen kann, ausschlägt. Versteht man doch auch sonst unter Vermögensschaden oder Vermögensverlust nicht nur den positiven Schaden oder Verlust, sondern auch den entgangenen Gewinn. Die Aufgabe des sorgfältigen Hausvaters besteht nicht blos darin, sein Vermögen zusammenzuhalten, sondern auch darin, es zu vermehren. Sparen und Erwerben betrachtet man als gleichwerthige Faktoren im Haushalt, und wer nicht erwirbt, wo er mit seinem einfachen Jawort erwerben könnte, erfüllt seine soziale Aufgabe ebensowenig und benachtheiligt sein Vermögen gerade so wie derjenige, der da nicht spart, wo er ohne Verletzung irgend einer Pflicht sparen könnte. Speziell bei der Schenkung kann es doch bezüglich der Opferwilligkeit des Schenkers keinen Unterschied machen, ob derselbe eine Sache schenkt, die er schon unter seinen Händen hat, oder eine solche, auf die er nur die Hände zu legen braucht, um sie zu haben. Wer vor einer herrenlosen Sache steht, und im Begriffe ist, sie zu okkupiren, sich aber sofort eines Andern besinnt, und in der Absicht, dieselbe einem Freunde zuzuwenden, diesen herbeiruft, ihm seine Schenkungsabsicht erklärt und ihn zur Okkupation veranlaßt, der hat doch ganz zweifel-

los seinem Freunde ein Vermögensopfer, sich selbst um die Sache gebracht und sein Vermögen geschädigt. Man kann, um das unzweifelhafte Dasein einer Schenkung in diesem Falle zu rechtfertigen, sich nicht mit der Konstruktion helfen, daß hier eine Art brevi manu facta traditio vorliege, indem einerseits die thatsächliche Okkupation des ersten Finders und andrerseits dessen Besitzübertragung an den herbeigerufenen Freund, somit eine ganz überflüssige Förmlichkeit gespart werde, und die Besitzergreifung sonach einmal die Funktion der Okkupation für den ersten Finder, und sodann die Funktion der Tradition von diesem an den beschenkten Freund habe. Denn dieser Vorgang widerspricht dem Willen der Kontrahenten; es ist nicht Eigenthumserwerb des ersten Finders durch Okkupation und darnach Eigenthumserwerb des herbeigerufenen Freundes durch schenkweise Tradition (Veräußerung), sondern lediglich die Okkupation der herrenlosen Sache durch letzteren beabsichtigt und vollzogen.

Die Fälle der Schenkung durch Ausschlagung einer angefallenen Erbschaft kommen in dem, der Beurtheilung des gemeinen Rechts unterliegenden Leben meistens in der Gestalt vor, daß ein zur Erbschaft der Mutter oder eines Geschwistertheils berufener wohlhabender Sohn bezw. Bruder die Erbschaft zu Gunsten seiner weniger bemittelten Geschwister, oder ein zur Erbschaft seines Bruders Berufener diese zu Gunsten seiner Kinder ausschlägt[1]). Es ist ein Vermögensopfer, welches sich der zur Erbschaft Berufene mit der Ausschlagung derselben auferlegt, er beeinträchtigt damit sein Vermögen, und wird ihm dies in der Folge schon klar werden, wenn ihm etwa eine Frau zur Seite steht, welche für den bewiesenen Edelmuth das richtige Verständniß nicht hat.

Daß man die zu Gunsten eines Andern erfolgende Ausschlagung eines solchermaßen an- und dargebotenen Vermögenserwerbs als eine Schenkung betrachten muß, wird wesentlich dadurch unterstützt, daß im Falle groben Undanks des Nacherwerbers gegen den Ausschlagenden unser Rechtsgefühl sich nicht davon abhalten läßt, letzterem ein Widerrufsrecht einzuräumen. In allen solchen Fällen wird selbstverständlich nicht blos das Dasein aller übrigen Bestandtheile der Schenkung, sondern auch das vorausgesetzt, daß der Ausschlagende wirklich im Stande gewesen wäre, den Erwerb für sich zu machen. Würde, um

---

[1]) In letzterem Falle liegen die Verhältnisse in der Regel so, daß der Vater seines hohen Alters wegen sein Vermögen bereits an seine Kinder abgetreten hat.

an das ersterwähnte Beispiel anzuknüpfen, der erste Finder der herrenlosen Sache bei seiner Rückkehr mit seinem Freunde diese nicht wieder finden, und nach vergeblichem Suchen ihre Auffindung aufgeben, dem Freunde die Aufsuchung allein überlassend, dann würde bei dessen späterer Findung die Zueignung des Schenkungscharakters entbehren, und der vom ersten Finder dem Freunde geleistete Dienst nur als einfache Gefälligkeitsleistung anzusehen sein. Ebenso kann die Ausschlagung der Erbschaft Seitens eines Erbunwürdigen nicht als Schenkung an den Nachberufenen betrachtet werden.

Die gemeinrechtliche Lehre [1]) und der Entwurf schließen beim Aufgeben einer für ein Recht bestehenden pfandrechtlichen oder anderen Sicherheit Seitens des Gläubigers eine Schenkung aus, weil jener Akt für den Gläubiger keine Vermögensverminderung enthalte, da die Hauptschuld bestehen bleibe. In dieser Allgemeinheit widerspricht der aufgestellte Satz dem Wesen der Schenkung. Man nehme zunächst den Fall, daß die Sicherheit nicht vom Schuldner, sondern von einem Dritten gestellt ist. Hatte letzterer ein Pfand gegeben oder sich verbürgt, und bittet er späterhin den Gläubiger um Freigabe des Pfandes oder Entlassung aus der Bürgschaft, so kommt es sehr darauf an, ob die Persönlichkeit und das Vermögen des Schuldners für die Forderung des Gläubigers eine derartige Sicherheit darbieten, daß Pfand und Bürgschaft ohne Bedenken entbehrt werden können, oder ob mit der Aufgabe der Sicherheit die Forderung des Gläubigers geradezu gefährdet ist. Im ersteren Fall hat Pfand und Bürgschaft für den Gläubiger keinen besonderen Werth, er erblickt im Aufgeben derselben keine Benachtheiligung seines Vermögens, sein Verzicht enthält wohl eine Gefälligkeit, aber keine Schenkung. Im zweiten Falle dagegen sagt sich der Gläubiger, daß mit dem Wegfall der gestellten Sicherheit seine Forderung an den Hauptschuldner so gut wie verloren, ohne jeglichen Werth sei. Giebt er hier den Bitten des Pfandbestellers oder Bürgen nach und erläßt er ihnen aus Edelmuth und um sie nicht unglücklich zu machen, ihre Verbindlichkeit, so benachtheiligt er unzweifelhaft sein Vermögen, er gilt als Schenker, dem die Befreiten nicht mit Undank lohnen dürfen, und der im Fall des Undanks durch Ausübung des Widerrufsrechts die Wiederherstellung des Pfandrechts und der Bürgschaft verlangen kann. Ganz dasselbe ist der Fall, wenn der Schuldner selbst Sicherheit durch Pfand-

[1]) Savigny, a. a. O. S. 55; Windscheid, a. a. O. § 365 Not. 3.

bestellung geleistet hat. Entscheidend für den Charakter des Verzichts, ob bloße Gefälligkeit oder Schenkung, sind die Vermögensumstände des Schuldners zur Zeit des Verzichts, so daß insbesondere dann, wenn der zu dieser Zeit wohlvermögende Hauptschuldner später insolvent wird, der Bürge oder dritte Pfandbesteller nicht nachträglich Beschenkter wird. Entscheidend ist ferner das Bewußtsein des Verzichtenden, ob er mittelst des Verzichts sein Vermögen benachtheilige oder nicht bezw. ob er dem Sicherheitsbesteller nur einen Gefallen erweise oder eine Schenkung mache. Im Streitfalle ist der eine Schenkung behauptende Sicherheitsbesteller beweispflichtig.

Eine Vermögensbenachtheiligung liegt in den gewöhnlichen Fällen der Gebrauchsleihe und des Hinterlegungsvertrags nicht vor. Ob ein Buch in der Bibliothek des Besitzers steht oder für einige Zeit zum Zweck des Lesens einem Andern gegeben ist, ist für das Vermögen des Besitzers eine gleichgültige Thatsache; desgleichen ob der Bewahrer einer hinterlegten Sache einen Theil seiner freien Zeit dieser Aufbewahrung widmet. Selbst wenn aber damit einige Nebenkosten, wie Porto, Futter für ein geliehenes Pferd und dergleichen verbunden sind, so kommen dieselben nach der Auffassung des Lebens als Nebensachen gegenüber der Hauptsache der Gefälligkeit gar nicht in Betracht; man pflegt zu sagen, der Verleiher läßt sich seine Gefälligkeit Etwas kosten. Wer einem in sein Haus kommenden Handwerksburschen Etwas von seinem Mittagessen verabreicht, benachtheiligt sein Vermögen nicht, man denkt, wo Fünfe essen, kann auch ein Sechstes miteſſen, schlimmsten Falls mögen die Andern ihren Appetit etwas einschränken. Man spricht daher auch nicht von einem an einen Bettler geschenkten Mittagessen. Giebt man ihm aber ein in der Familie noch brauchbares Kleidungsstück, und wird dasselbe als ein Opfer betrachtet, so sagt man: ich habe ihm das und das geschenkt. Ist es dagegen im Haushalt nicht mehr brauchbar, und mag es immerhin noch einen nicht ganz unerheblichen Geldwerth haben, so scheut man sich, von einem Geschenke zu sprechen, man sagt höchstens: ich habe ihm das und das gegeben [1]).

[1]) Es ist überhaupt ein Zug unserer Zeit, so wenig wie möglich von Geschenken zu sprechen. Man pflegt das Wort: Gabe — zu substituiren. Die öffentlichen Aufforderungen zur Unterstützung von Armen und Elenden, Wasser- und Feuerbeschädigten sprechen von milden Gaben, milden Beiträgen, die kleinste Gabe wird angenommen. Man will damit andeuten, daß Jeder nach seinen Verhältnissen geben, sich nicht benachtheiligen und nur von Dem geben soll, was er,

Räume ich meinem Freunde oder einer bedürftigen Familie, um ihnen eine Wohnung zu gewähren, in meinem Hause einige Zimmer ein, die ich nicht vermiethet haben würde, sei es daß sie unbenutzt geblieben wären, sei es daß ich sie benutzt hatte, mich nunmehr aber in meiner Wohnung etwas einschränken muß, so wird dadurch mein Vermögen nicht benachtheiligt, und ich erscheine nicht als Schenker. Ich übe nur eine Gefälligkeit aus, selbst wenn ich die abgegebenen Räume mit Aufwand von Kosten in wohnlichen Zustand versetze und darin erhalte. Anders wenn ich mit allen diesen Gewährungen mein Vermögen benachtheilige. Räume ich dem Freunde unentgeltlich ein Logis ein, welches ich bisher um den Preis von 1000 vermiethet hatte und um denselben Preis anderweit vermiethen könnte, so sind die Grenzen der bloßen Gefälligkeit überschritten und es liegt, falls die übrigen Voraussetzungen zutreffen, eine Schenkung im Werthe von 1000 vor, die Gebrauchsleihe hat den Charakter einer Schenkung.

5. Vertragsnatur der Schenkung.

§ 6.

In der Doktrin ist es zur Zeit noch streitig, ob die Schenkung ein Vertrag sei oder nicht; zu einer herrschenden hat es noch keine Ansicht gebracht. Ich selbst halte sie für ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, für einen Vertrag, der im großen Ganzen unter den vom Gesetz für Verträge überhaupt aufgestellten Grundsätzen steht. Darnach wird für den Abschluß der Schenkung die gegenseitige Erklärung des übereinstimmenden Willens der Schenkungskontrahenten über die zum Wesen der Schenkung gehörenden Theile gefordert (Entw. § 77, 78), sie besteht aus Schenkungsangebot und Schenkungsannahme und wird erst perfekt mit letzterer, selbst wenn inzwischen eine vollendete Zuwendung des geschenkten Guts mit den ihr eigenthümlichen rechtlichen Folgen, wie Eigenthumsübergang, Befreiung von einer Schuld und dergleichen stattgefunden hatte. Wenn also Jemand in schenkerischer Absicht mit Benutzung der Abwesenheit seines Freundes auf dessen Grundstück ein Haus erbaut, so ist zwar in Folge Verbindung das

---

ohne sich wehe zu thun, entbehren kann. Der feinfühlende Schenker will dem Beschenkten gegenüber nicht zugestehen, daß er ein eigentliches Opfer gebracht habe, er will das Geschenk als etwas Unbedeutendes, als nicht der Rede werth, betrachtet wissen, wofür ein sonderlicher Dank gar nicht gerechtfertigt sei.

Eigenthum des Freundes am erbauten Hause sofort erworben (Entw. § 890), allein die Schenkung wird erst mit der Annahmeerklärung des Beschenkten perfekt. Zahlt Jemand in Abwesenheit seines Freundes dessen Schuld beim Gläubiger, so ist zwar diese Schuld sofort erloschen, die Schenkung aber wird erst mit der Annahme des Freundes existent. Schlägt der Freund die Schenkung aus, so ist und bleibt ihm das Eigenthum erworben und seine Schuld ist und bleibt erloschen, allein die Voraussetzung, unter welcher der Schenker die Zuwendung machte, nämlich die Annahme des Geschenks, ist nicht eingetreten, und es kann somit der Schenker das Zugewendete vom Bedachten zurückfordern. Dies Alles ist sehr natürlich und einfach.

Eine Ausnahme aber wird gemacht werden müssen; die eigenthümliche Natur der Schenkung erfordert eine kleine Abweichung von den Grundsätzen über Vertragsschließung. Sie betrifft die Zeit, innerhalb welcher derjenige, dem eine Schenkung angetragen ist, sich über die Annahme oder Nichtannahme erklären soll, und binnen welcher der Antragende an seinen Antrag gebunden ist. Hat der Schenker bei seinem Antrage eine Frist für die Annahme bestimmt, und mag sie noch so klein und nutzlos für den Beschenkten sein, so kommen, ohne Rücksicht auf dessen Zwangslage, die gewöhnlichen Grundsätze über den Vertragsabschluß zur Anwendung, d. h. der Schenker bleibt bis zum Ablaufe jener Frist und nur bis dahin an seinen Antrag gebunden, und sein Antrag erlischt, wenn der Beschenkte vor Ablauf derselben seine Annahme nicht erklärt. Hat aber der Schenker einem Anwesenden oder Abwesenden ohne Bestimmung einer Frist den Schenkungsantrag gemacht, so soll nach meinem Dafürhalten der Beschenkte nicht verpflichtet sein, bei Meidung der Erlöschung des Antrages, seine Annahme sofort zu erklären [1]), sondern es soll ihm eine den Umständen nach angemessene Frist zur Ueberlegung und Erkundigung und Annahme oder Ablehnung gestattet werden. Das Erforderniß einer

[1]) Der Entwurf bestimmt in § 83: „Wird der Vertragsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist einem Anwesenden gemacht und von diesem nicht sofort angenommen, so erlischt der Antrag," — und in § 84: „Wird der Vertragsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist einem Abwesenden gemacht, so ist der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei Unterstellung der rechtzeitigen Ankunft des Antrags und der nach der Verkehrssitte als rechtzeitig zu betrachtenden Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Kommt die Erklärung der Annahme nicht bis zu diesem Zeitpunkte dem Antragenden zu, so erlischt der Antrag."

strikten, sofortigen und unverzüglichen Antwort auf ein Vertragsangebot ist zwar im gewöhnlichen Verkehrsleben, wo es sich um Interessen des Antragenden handelt, die durch einen Zeitaufschub gefährdet werden können, vollständig am Platze, nicht aber im Schenkungsgebiete, wo keine wesentlichen Interessen des Schenkers in Frage stehen, wobei es auf ein bischen Zeit mehr oder weniger, in welcher sich der Antragende über das Schicksal seines Antrags im Ungewissen befindet, nicht ankommen kann, wo die Gesinnung des Schenkers gegen den Beschenkten keine vorübergehende, sondern eine dauernde ist, und wobei schließlich häufig ein reifliches Ueberlegen des Beschenkten zur Abwendung erheblicher Gefahren geradezu nothwendig ist. In den gewöhnlichen Fällen der Schenkung, bei Geburtstags-, Weihnachts- und sonstigen Gelegenheitsgeschenken wird sich zwar der Beschenkte rasch entschließen können, in anderen, dunkeln Fällen aber nicht. Wird mir ein Landgut zum Geschenk angeboten, so werde ich doch wohl prüfen dürfen, ob es schuldenfrei ist oder in welchem Umfange Pfandrechte darauf haften; was der Beweggrund des Schenkers ist; ob vielleicht eine betrügerische Absicht des Schenkers, eine Benachtheiligung der Gläubiger vorliegt; ob es dem Schenker eigenthümlich zugehört und ob er frei darüber verfügen kann oder ob ich mich wohlbegründeten Ansprüchen Dritter oder gar dem Verdachte aussetze, daß ich der Theilhaber eines Verbrechens oder einer sonstigen unehrenhaften Handlung sei. Man wird daher dem Beschenkten eine angemessene Zeit zur Ueberlegung und Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Schenkung einräumen müssen und zwar in der Weise, daß der Schenker, dem die Erklärung des Beschenkten zu lange ansteht, oder der einen zu langen Aufschub der Erklärung befürchtet, nachträglich eine angemessene Frist bestimmt [1]).

Der Schenkungsvertrag gehört, wie schon früher bemerkt, zur Kategorie der Gefälligkeitsverträge, d. h. derjenigen Verträge, die in der Absicht geschlossen werden, daß der eine Theil dem andern einen Gefallen erweise [2]). Bei der Definition der Schenkung bedarf

---

[1]) So lange die Unterhandlungen über den Schenkungsantrag noch nicht beendigt sind, also in continenti, kann der Schenker jede beliebige Frist für die Annahmeerklärung vorbestimmen.

[2]) Zu derselben Kategorie gehört auch die reine Gebrauchsleihe und der reine Hinterlegungsvertrag, während der Leihvertrag, der zugleich im Interesse des Verleihers (z. B. des auf Reisen gehenden und die Bewahrung seiner Sache dem Gebrauchsbedürftigen überlassenden Verleihers), und der Hinterlegungsvertrag,

es daher nur der Bezeichnung derselben als eines Gefälligkeitsvertrags, und nicht der besonderen Hervorhebung der für den Schenker unentbehrlichen Absicht, vermittelst der Schenkung dem Beschenkten einen Gefallen zu erweisen.

II. Kritik und Vorschlag.

1. Begriff der Schenkung.

§ 7.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen über den Begriff und das Wesen der Schenkung wende ich mich der Kritik des Entwurfs zu.

Der Entwurf giebt zunächst in § 437 eine knappe Bestimmung des Begriffs der Schenkung und in den §§ 438 und 439 einige für nothwendig erachtete Erläuterungen desselben.

Mit dem gesetzlichen Versuche einer Definition der Schenkung überhaupt kann man vom praktischen Standpunkte aus nur einverstanden sein. Denn nicht nur, daß maßgebende Gesetzgebungen in dieser Hinsicht von einander abweichen, so werden auch selbst die Anhänger der herrschenden, auf römisch-rechtliche Quellen gegründeten Lehre zugeben müssen, daß deren Begriffsbestimmung keineswegs jeder Anfechtung entrückt ist. Die Motive erkennen an, daß die Definition des Entwurfs keine vollständige sei, und daß immerhin noch manche Zweifel übrig blieben; deren Entscheidung müsse jedoch der Wissenschaft überlassen werden. Auch hiergegen dürfte vom praktischen Standpunkte aus nichts einzuwenden sein. Eine verständige Praxis hilft nicht blos ergänzend, sondern häufig auch abändernd nach, und setzt sich nicht blos mit dem Wortlaut, sondern zuweilen auch mit dem Willen des Gesetzes in Konflikt, wenn sie

der zugleich im Interesse des Verwahrers (z. B. behufs zeitweiligen Gebrauchs) geschlossen wird, zur Kategorie der gemischten Geschäfte zu rechnen ist. Auch der Kauf- und Miethsvertrag kann den Gefälligkeitscharakter annehmen, insbesondere dann, wenn Jemand seine Sache, die er zur Förderung seines Interesses niemals verkauft haben würde, seinem, derselben dringend bedürftigen Freunde, um ihm gefällig zu sein, gegen den werthentsprechenden Preis oder gar darunter verkauft. Pflegt ja doch auch der ans Tageslicht gezogene Wucherer gar zu gerne damit zu prahlen, daß er dem des Geldes dringend bedürftigen Schuldner nur aus Gutmüthigkeit, um ihm gefällig zu sein und ihn von einer großen Verlegenheit zu befreien, das Darlehen gegeben habe.

diesen als einen eklatanten Irrthum erkennt. Allein damit werden ungesunde Zustände geschaffen. Der Richter weiß, daß er gegen den Willen des Gesetzes nicht erkennen darf, und andrerseits kann er sich als Richter des Rechts dem Irrthum des Gesetzgebers nicht unterwerfen. Daher sehen wir sehr oft verzweifelte Versuche der richterlichen Gesetzesauslegung, den Geist des Rechts mit dem Willen des Gesetzes in Uebereinstimmung zu bringen. Diese unwürdige Zwangslage muß dem Richter erspart bleiben, und muß daher der Gesetzgeber seine ganze Kenntniß und Erfahrung aufbieten, um eine möglichst vollständige und richtige Begriffsbestimmung zu geben.

Der § 437 lautet:

> „Als Schenkung gilt die an einen Andern erfolgende Zuwendung, durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert und der Andere bereichert wird, sofern sie in der Absicht dieser Bereicherung geschieht und der Andere die Zuwendung als Geschenk annimmt."

Diese Definition ist sachlich unrichtig und überdies in formeller Beziehung mehrfach zu beanstanden.

In formeller Hinsicht ist sie zunächst keine vollkommene, weil sie als nothwendiges Erforderniß der Schenkung das „Geschenk" bezeichnet, den zu bestimmenden oder zu erklärenden Begriff also mit ihm selbst zu bestimmen oder zu erklären versucht. Unzutreffend wäre jedenfalls die Behauptung, in der Sprache des Verkehrslebens sei der Begriff des Geschenks ein völlig sicherer, so daß derselbe unbedenklich zur Erklärung des unsicheren Begriffs der Schenkung verwendet werden könnte. Denn die Verkehrssprache bezeichnet gar Manches als Geschenk, was es im Rechte nicht ist, und umgekehrt. Wer aber weiß, was ein Geschenk ist, wird ungefähr auch wissen, was Schenkung ist.

Es ist ferner nicht einzusehen, warum die Begriffsbestimmung eingeleitet wird mit den Worten: „Als Schenkung gilt . . ." und nicht naturgemäß mit den Worten: „Schenkung ist . . . ." Die erstere Redewendung ist zwar häufig nicht zu entbehren, allein sie hat eine Berechtigung nur dann, wenn eine gegebene Begriffsbestimmung („Schenkung ist . . . .") einen nicht für alle Fälle zutreffenden Ausdruck enthält und der Gesetzgeber das Bedürfniß fühlt, daß auch noch einigermaßen anders geartete Fälle ebenfalls unter den Begriff des definirten Rechtsgeschäfts fallen sollen.

Man erfährt sodann nicht, ob das Wort „Zuwendung“ die Zuwendungshandlung (den aktiven Theil des zweiseitigen Zuwendungsakts), oder den Gegenstand der Zuwendungshandlung d. h. das Zugewendete bedeuten soll. Wird erstere darunter verstanden, so ist der Schlußsatz: „und der Andere die Zuwendung als Geschenk annimmt“ unrichtig, denn man kann eine Handlung nicht als den Gegenstand derselben annehmen, und wäre mit der Zuwendung das Zugewendete selbst gemeint, so wäre unter der Schenkung nicht das Rechtsgeschäft selbst, sondern das Geschenkte oder das Geschenk verstanden.

Weiter aber ist die ganze Konstruktion des Schenkungsbegriffs eine ungewöhnliche und äußerst unbeholfene, die sich m. E. für ein Gesetzbuch nicht geziemt, so wenig geziemend, wie wenn man etwa das Darlehn definiren wollte: Als Darlehn gilt die an einen Andern erfolgende Hingabe einer gewissen Menge vertretbarer Sachen zu Eigenthum, sofern sie in der Absicht geschieht, daß eine gleiche Zahl gleicher Sachen demnächst zurückgegeben werde, und der Andere diese Hingabe als Darlehn (oder als dargeliehen) annimmt.

Außergewöhnlich und verwirrend ist schließlich die Ausdrucksweise: „und der Andere die Zuwendung als Geschenk annimmt“. Wie die Motive (S. 286) besagen, soll mit diesem Erforderniß zugleich der Vertragscharakter der Schenkung gekennzeichnet werden. Man darf wohl auch noch einen Schritt weiter gehen und annehmen, daß mit jenem Zusatze auch der Schenkungscharakter des Vertrags habe gekennzeichnet, d. h. daß auch noch weiter hätte ausgedrückt werden sollen, daß der Zuwendungsempfänger einen Schenkungsvertrag und nicht einen anderen Vertrag habe schließen wollen. Allein dies wäre doch einfacher und deutlicher erreicht worden, wenn man von vornherein die Schenkung als einen Vertrag bezeichnet hätte. Denn dieser bekannte Begriff (§§ 77, 78 Entw.) umfaßt ja die Einigung, die gegenseitige Erklärung des übereinstimmenden Willens der Vertragschließenden bezüglich aller nach dem Gesetze zum Wesen des zu schließenden Vertrags gehörenden Theile.

So müßte also selbst dann, wenn die Definition der Schenkung materiell richtig wäre, eine umfassende Aenderung der Begriffsbestimmung in formeller Beziehung erfolgen.

Sie ist aber nach den einleitenden Bemerkungen unserer Untersuchung auch sachlich völlig unrichtig. Denn die Vermögensbereicherung und die Absicht der Bereicherung ist kein wesentliches Erforderniß

der Schenkung. Ist dies richtig, so muß auch der überdies an sich ganz unrichtige Satz des § 439:

> „Eine Bereicherung liegt nicht vor, wenn für ein Recht Sicherheit geleistet wird, selbst wenn ein Anderer als der Verpflichtete die Sicherheit leistet —"

ausscheiden.

Ebenso unverträglich mit dem Schenkungsbegriff ist der zweite Absatz des § 439:

> „Eine Vermögensverminderung liegt nicht vor, wenn auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Vermögensrecht verzichtet oder ein Vermögenserwerb unterlassen oder die für ein Recht bestehende pfandrechtliche oder andere Sicherheit aufgegeben wird."

Scheidet auch dieser Satz aus dem Begriff der Schenkung aus, so fällt der Schlußsatz des § 439:

> „Als Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Recht gilt die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses"

von selbst weg.

Unvollständig, zum Theil unrichtig und dem Wesen der Schenkung ganz fremd sind die Bestimmungen des

§ 438.

> „Hat Jemand einen Anderen ohne dessen Willen durch eine sein Vermögen vermindernde Zuwendung in der Absicht, zu schenken, bereichert, so ist der Zuwendende so lange gebunden, bis der Andere die Schenkung ablehnt.
>
> Die Annahme der Schenkung wird vermuthet, wenn der Andere, nachdem er von der Bereicherung und der Schenkungsabsicht Kenntniß erlangt hat, nicht unverzüglich die Ablehnung erklärt.
>
> Im Falle der Ablehnung ist der Zuwendende die Herausgabe der Bereicherung nach Maßgabe der §§ 742 bis 744 zu fordern berechtigt."

Der erste Absatz ist an sich nicht unrichtig. Wer hinter dem Rücken seines Neffen in schenkerischer Absicht dessen Schulden bezahlt, würde sehr gegen das Wesen der Schenkung verstoßen, wenn er sofort, nachdem dieser von jenem erfreulichen Ereignisse Kunde erhalten, sein Schenkungsangebot zurückziehen und das ausgelegte Geld von diesem zurückfordern wollte. Allein es ist nicht einzusehen, warum diese

Wartezeit und Gebundenheit bloß in dem speziellen Falle der bereits vollzogenen Bereicherung eintreten soll, und nicht vielmehr bei dem Schenkungsangebot überhaupt. Nach dem Wortlaut des Entwurfs würde das einfache Schenkungsangebot, ja sogar das vom Geschenk selbst begleitete, wie ein gewöhnliches Vertragsangebot zu behandeln sein, und es wäre daher nach § 84 Entw. der Schenkungsantragende nur bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er bei Unterstellung der rechtzeitigen Ankunft des Antrags und der nach der Verkehrssitte als rechtzeitig zu betrachtenden Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Dies widerspricht dem Wesen der Schenkung und ist vom Gesetzgeber auch nicht beabsichtigt. Denn die Motive besagen, daß die Zuwendung, ähnlich wie in Ansehung eines noch nicht angenommenen Schenkungsversprechens, als eine der Annahme bedürfende Offerte einer Schenkung anzusehen sei, und es sei anzunehmen, der Zuwendende habe stillschweigend erklärt, daß er so lange an die Schenkungsofferte gebunden sein wolle, bis die Schenkung abgelehnt worden[1]). Die Motive wollen also mit jedem Schenkungsangebot die Gebundenheit des Schenkers bis zur erklärten Ablehnung des Beschenkten verbinden, und es bedarf daher der erste Satz des § 438 einer desfallsigen Umwandlung.

Der zweite Satz des § 438 steht ebenfalls auf dem Boden der vollzogenen Bereicherung und bedarf daher nach dem Gesagten einer Umwandlung mindestens dahin, daß die Annahme der Schenkung vermuthet werde, wenn der Beschenkte, nachdem er von dem Schenkungsangebot Kenntniß erlangt hat, nicht unverzüglich die Ablehnung erklärt. Allein eine solche Bestimmung, mag sie nun in dieser generellen oder in jener speziellen Gestalt auftreten, ist dem Wesen der Schenkung durchaus fremd und mit demselben nicht verträglich. Nach

[1]) Es ist nicht nöthig, diese Gebundenheit mit einer stillschweigenden Willenserklärung zu rechtfertigen. Eine solche Absicht kommt in den meisten Fällen gar nicht zur Existenz. Der Oheim, der hinter dem Rücken seines Neffen dessen Schulden bezahlt und dieses Ereigniß ihm mittheilt, denkt gar nicht an den Fall der Ablehnung, er hat also auch gar nicht die Absicht, sich bis zur eintreffenden Ablehnung für gebunden zu halten. Die Gebundenheit folgt aus dem Wesen der Schenkung. Die Offerte ist und bleibt Offerte, ein Bedürfniß zur zeitlichen Einschränkung des Angebots existirt regelmäßig gar nicht, denn das Wohlwollen des Schenkers ist von dauernder Natur, und Interessen des Schenkers, die durch eine Verzögerung der Antwort benachtheiligt werden könnten, stehen regelmäßig nicht in Frage. Bedürfte aber der Schenker im einzelnen Falle einer baldigen Antwort, so kann er ja seiner Offerte eine Zeitbestimmung zufügen.

der von den Verträgen überhaupt geltenden Regel bedarf es zum Abschluß eines Vertrages der Annahme des Antrags und der Erklärung des Annehmenden gegenüber dem Anbietenden, daß er den Antrag annehme. Von dem letzteren Erforderniß kann in allen denjenigen Fällen abgesehen werden, in welchen aus dem Antrage selbst erhellt, daß der Antragende keine Antwort, sondern nur Annahme erwartet. (Entw. § 86). Ein solcher Fall ist unzweifelhaft der der Schenkung. Der Schenker hofft regelmäßig zuverlässig auf Annahme des Geschenks, und erwartet daher behufs Abschlusses der Schenkung keine Geschäftsantwort, er erwartet höchstens ein dankendes Wort. Bei Schenkungen noch weiter zu gehen, von einer besonderen Annahme der Schenkung abzusehen und diese zu präsumiren, dafür liegt nicht nur nicht das geringste Bedürfniß vor, sondern es beschränkt ganz unnöthigerweise die Freiheit und das Interesse der Schenkungsbedachten. Zwar werden im Leben die meisten Schenkungen angenommen, allein diese statistische Erfahrung rechtfertigt eine Präsumtion noch lange nicht. Sodann ist der Beweis der Annahme der Schenkung fast in keinem denkbaren Falle mit Schwierigkeiten verbunden[1]) wozu also eine Präsumtion? Warum will man den Schenkungsbedachten der Möglichkeit der Ueberlegung und der hierzu erforderlichen Zeit berauben? Warum endlich will man einen Bedachten verpflichten, einem aufdringlichen Schenker, von dem er absolut nichts wissen will, das Geschenk zurückzusenden oder einen Briefwechsel zu führen und das Zugeschickte zur Verfügung zu stellen? Das Motiv der Motive: „Die Aufstellung der Vermuthung empfiehlt sich zugleich in Rücksicht auf die pflichtwidrige Annahme von Geschenken Seitens eines Beamten", muß mit aller Entschiedenheit zurückgewiesen werden. Das Civilrecht ist nicht dazu da, von vornherein dem Beamtenthum einen strafrechtlichen Strick um den Hals zu werfen. Der unbefangene Strafrichter würde sich freilich an diese Präsumtion des bürgerlichen Rechts nicht halten, er würde die pflichtwidrige Annahme des Geschenks und deren Beweis fordern; es giebt aber auch Richter, die sich durch eine solche Präsumtion beeinflussen lassen und von dem angeschuldigten Beamten den Beweis der Nichtannahme oder gar der Ablehnung des Geschenks

[1]) Die Verausgabung des geschenkten Geldes, dessen Vermischung mit eigenem Gelde, die Ingebrauchnahme des Geschenks, sein Aufbewahren, sein Aufstellen am geeigneten Platze, Aeußerungen bei Dritten u. s. w. sind für den Empfänger leicht erweisliche Dinge.

fordern; daß ein solcher Gegenbeweis meistentheils gar nicht zu erbringen ist, kann nur Derjenige leugnen, der gar keine praktische Erfahrung hat. Man kann den Beamten disciplinarisch verpflichten, von jedem zu seiner Kenntniß gekommenen Geschenke seiner vorgesetzten Behörde Anzeige zu erstatten, aber man kann ihm kein strafrechtliches Präjudiz stellen.

Nach dieser Kritik und meinen einleitenden Bemerkungen würde ich die Streichung der §§ 437, 438 und 439 und deren Ersatz durch folgende Bestimmungen beantragen:

§ 437.

Schenkung ist ein Gefälligkeitsvertrag, wodurch Jemand (der Schenker), ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein, unentgeltlich und mit Benachtheiligung seines Vermögens einem Anderen (dem Beschenkten) ein wirthschaftliches Gut zuwendet[1]).

§ 438.

Wird ein Schenkungsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist gemacht, so ist der Antragende so lange an ihn gebunden, bis der Bedachte die Schenkung dem Antragenden gegenüber ablehnt. Doch kann der Antragende nachträglich dem Bedachten eine angemessene Frist zur Erklärung vorbestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe die Schenkung als abgelehnt gilt. Im Falle der Ablehnung kann der Antragende vom Bedachten die Rückgabe des Geleisteten nach Maßgabe der §§ 742 bis 744 fordern.

2. Maß der Schenkung.

§ 8.

Im Gemeinen Rechte herrscht unbegrenzte Schenkfreiheit; der Schenker kann sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen, er kann alle seine Vermögensgegenstände, gegenwärtige und künftige, einzeln verschenken, und vermag auf diese Weise sich und die Seinen

---

[1]) Denselben Sinn würde der Satz haben: Schenkung ist ein Gefälligkeitsvertrag über eine ungeschuldete, unentgeltliche und mit Vermögensopfern verbundene Zuwendung eines wirthschaftlichen Guts Seitens des einen Vertragschließenden an den andern.

brodlos zu machen und der öffentlichen Unterstützung zu überliefern.[1]) Der Entwurf (§ 350) schränkt diese Freiheit ein klein wenig ein; er erklärt jeden Vertrag, folglich auch die Schenkung, wodurch Jemand sein ganzes künftiges Vermögen oder einen Bruchtheil desselben einem Anderen zu übertragen oder den Nießbrauch daran zu bestellen sich verpflichtet, für nichtig, und rechtfertigt diese Abweichung vom bestehenden Rechte damit, daß es gegen die öffentliche Ordnung verstoße, daß Jemand gewissermaßen sich seiner Erwerbsfähigkeit begebe und damit zugleich allen Antrieb zum Erwerbe verliere. Diese Frage eingehend zu prüfen, ist hier nicht der Ort, vielmehr wird dies zunächst den Begutachtern des § 350 Entw. zu überlassen sein. Doch will ich meine Bedenken nicht unterdrücken. Veräußerungen des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens gegen Bestellung einer den Lebensunterhalt deckenden Rente oder sonstigen Versorgung kommen im Leben öfter vor. Alte Leute, die wegen der natürlichen Folge des Alters ihre Wirthschaft nicht mehr selbst besorgen können oder der Ruhe bedürftig sind, übergeben ihr gesammtes Vermögen einem Kinde, sie helfen aber, um nicht als bloße Last empfunden zu werden, in der Wirthschaft nach Kräften noch mit, sie erwerben Einiges durch Taglöhnerdienste, kaufen auch hie und da ein Stück Kleinvieh, ziehen es groß, verkaufen es dann u. dgl. und thun dies Alles, um den Nutzen ihres, das Gut inhabenden Kindes zu fördern, während sie selbst weitergehende, als die durch die vertragsmäßige Versorgung gedeckten Bedürfnisse nicht haben. Ich wüßte nicht, wie eine solche Rechtsstellung der alten Leute gegen die öffentliche Ordnung verstoßen und daß der Verlust alles Antriebs zum eigenen Erwerb etwas Menschenunwürdiges oder social Gefährliches sein soll. Das bäuerliche Volk wenigstens erblickt in dieser Stellung nichts Ungesundes, im Gegentheil, wir sehen häufig genug, wie sich die Landleute nach dem Zeitpunkte sehnen, zu welchem sie nach einem Leben harter Arbeit und Sorge ihr Gut gegen mehr oder weniger

---

[1]) Die Rechtsanschauungen des deutschen Volks verwarfen energisch diese unbegrenzte Schenkfreiheit. So z. B. Mainzer Landrecht (1755) Tit XXX § 3. „Die Schenckungen eines sambtlichen Vermögens und aller Haabschafft und Güter seynd nicht gültig.“ Solmser Landrecht (1571) Tit XIII § IV. „Es soll auch keiner Unsrer Unterthanen Macht haben, auf einmal alle seine Haab und Nahrung, an liegenden und fahrenden, gegenwärtigen und künfftigen, zu verschenken und zu vergifften, es seye denn, daß er ihnen davon so viel hätte zuvor behalten, daß er in demselben noch ehrlich testiren möchte.“

auskömmliche lebenslängliche Versorgung ihren Kindern übergeben, und in wirthschaftlich untergeordneter Stellung zur Mehrung des Vermögens dieser beitragen können. Menschenunwürdig und wirthschaftlich gefährlich wird die Veräußerung des zukünftigen Vermögens nur dann, wenn dabei nicht ausreichende Vorsorge für die künftige Existenz des Veräußernden getroffen ist (S. oben § 2). Dasselbe ist der Fall mit der Schenkung des ganzen gegenwärtigen Vermögens, insofern dadurch der Schenker sich und die Seinen, zu deren Unterhalt er verpflichtet ist, der Noth des Lebens preis giebt. Behält er sich einen auskömmlichen Lebensunterhalt vor, so ist für die Gesetzgebung kein Anlaß gegeben, die Schenkfreiheit weiterhin zu beschränken, wie etwa auf eine bestimmte Summe oder auf eine geringere Quote des gesammten Vermögens, denn es ist schon ein für die Mehrzahl der Menschen beneidenswerther Zustand, so viel Vermögen zu haben und zu besitzen, daß damit die standesgemäßen Bedürfnisse des Lebens gedeckt werden.

Die mit Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts vorgenommene Schenkung des ganzen gegenwärtigen Vermögens muß vom Gesetzgeber für nichtig (ungültig), und kann nicht blos für anfechtbar erklärt werden, denn es sind öffentliche Interessen, die durch eine solche Schenkung verletzt sind, öffentliche Interessen, die der Inhaber eines Vermögens zwar thatsächlich ignoriren, aber durch Rechtsakte nicht beseitigen kann. Wollte der Gesetzgeber jene übermäßige Schenkung nur für anfechtbar erklären, so würde nach § 113 Abs. 3 Entw. durch die Genehmigung des anfechtungsberechtigten Schenkers die unmäßige Schenkung unanfechtbar werden, was dem schutzbedürftigen öffentlichen Interesse widerstreiten würde.

Das mit Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts geschlossene Schenkgeschäft braucht nicht seinem ganzen Bestande nach für ungültig erklärt zu werden, es genügt die Erklärung seiner Ungültigkeit in soweit, als es die öffentlichen Interessen verletzt, d. h. den standesgemäßen Lebensunterhalt des Schenkers und seiner Angehörigen beeinträchtigt.

Macht man sich vorstehende Grundsätze an Fällen klar, wie sie im Leben leicht vorkommen können, so wird man ihre Resultate in Uebereinstimmung mit unseren Rechtsanschauungen finden. Gesetzt, der Besitzer eines Landgutes lebt in Folge von Zwistigkeiten thatsächlich getrennt von seiner Frau und seinen minderjährigen Kindern; er hat sie bisher standesgemäß unterhalten. Er wird arbeitsunfähig,

nimmt eine Haushälterin an, wendet dieser seine ganze Zuneigung zu und schenkt ihr schließlich vermittelst gerichtlichen Vertrages sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen, oder ersteres allein. Nachdem der Rausch verflogen und sein Gewissen erwacht ist, erklärt er die Schenkung für ungültig. Wie gestaltet sich die Auseinandersetzung? Da er arbeitsunfähig ist, kann er auf einen künftigen Vermögenserwerb nicht rechnen. Das verschenkte gegenwärtige Vermögen bestand aus dem Landgut mit Vieh, Schiff und Geschirr im Werthe von 100 000 Mark. Seine Kapitalien und sonstige Mobilien hatten einen Werth von 20 000 Mark, sein Vermögen hatte sonach im Ganzen einen Werth von 120 000 Mark. Sachverständige berechnen den standesgemäßen Lebensunterhalt für ihn, seine Frau und seine Kinder auf 5000 Mark jährlich, berechnen seine und seiner Frau muthmaßliche Lebenszeit und die Dauer der Unterhaltungspflicht gegenüber den Kindern und bestimmen den heutigen Werth aller erforderlichen Geldsummen auf 100 000 Mark. Die Schenkung ist hiernach bis zu diesem Betrage ungültig, bis zum Betrag von 20 000 Mark gültig. — Nimmt man die Arbeitsfähigkeit des Schenkers an und schätzt seinen jährlichen Verdienst auf 2000 Mark, so wird sich (vorbehaltlich einer genaueren Berechnung durch Sachverständige) der heutige Werth aller für den Unterhalt weiter erforderlichen Geldsummen auf etwa 60 000 Mark stellen, bis zu diesem Betrag ist dann die Schenkung ungültig, und bis zum Betrag der anderen Hälfte ist sie gültig. — Steht der Schenker ganz allein, hat er für Niemandes Unterhalt zu sorgen und hat er neben seinem Landgut, wie etwa als Beamter, noch einen auskömmlichen Gehalt, so wird die ganze Schenkung gültig sein müssen. — Diese Resultate werden unseren Rechtsanschauungen nicht widerstreiten, insbesondere werden wir uns der Interessen des Schenkers nicht in höherem Grade annehmen dürfen. Denn zunächst ist die Schenkung doch immerhin ein durch den freien Willen der Kontrahenten zu Stande gekommenes Rechtsgeschäft, welches Beachtung und Schutz verdient, gegen Ausbeutung des Schenkers wird durch die Nothwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Form der Schenkung einigermaßen gesorgt, und dann pflegen doch auch in der Person des Beschenkten Interessen zu konkurriren, welche in vielen Fällen des Schutzes bedürftig und werth sind. Ist beispielsweise die Haushälterin der Verführung des Schenkers unterlegen, so wird das offenkundige Konkubinat ihr Fortkommen erschweren und für ihren künftigen

Unterhalt von Nachtheil sein, so daß eine Ausgleichung durch Geld unserem Rechtsgefühle entspricht.

Für den Schutz jenes öffentlichen Interesses ist es nun gleichgültig, ob Jemand sein Vermögen als Ganzes oder alle seine Vermögensgegenstände einzeln verschenkt, oder ob er einen Bruchtheil seines Vermögens als Ganzes oder einen erheblichen Theil desselben durch Veräußerung einzelner Sachen verschenkt. Wer sein Landgut verschenkt, seine Hausmobilien, Werthpapiere und dergl. aber zurückbehält und sich und die Seinen dadurch in eine Nothlage versetzt, indem der zurückbehaltene Rest seines Vermögens, verbunden mit seiner Arbeits- und Erwerbskraft nicht ausreicht, um seinen und seiner Angehörigen Lebensunterhalt standesgemäß bestreiten zu können, verletzt das öffentliche Interesse ebenfalls, und ist es daher für den Gesetzgeber geboten, eine solche Schenkung der Schenkung des ganzen Vermögens prinzipiell gleich zu stellen.

Eine sehr wichtige Frage ist die, welchen Einfluß die Nichtkenntniß des Beschenkten von der durch die Schenkung erfolgenden Beeinträchtigung des Lebensunterhalts des Schenkers und seiner Angehörigen auf den Umfang der Restitutionspflicht des Beschenkten haben soll. Diese Nichtkenntniß kann verschiedene Umstände zum Gegenstande haben. Der mit dem ganzen gegenwärtigen Vermögen Beschenkte hält irrthümlicher Weise den Schenker für hinlänglich arbeits- und erwerbskräftig, um sich und den Seinen für die Zukunft einen standesgemäßen Lebensunterhalt verschaffen zu können, oder er weiß nichts von dem Dasein unterhaltsbedürftiger oder unterhaltsberechtigter Verwandten, oder er täuscht sich über die Größe der zum standesgemäßen Lebensunterhalt erforderlichen Mittel; der mit einzelnen Vermögensgegenständen Beschenkte kennt das Größenverhältniß zwischen diesen und dem nicht verschenkten Vermögen nicht, er weiß insbesondere nichts von den, dessen Werth verringernden Schulden, und glaubt den standesgemäßen Lebensunterhalt des Schenkers nicht gefährdet. In solchen Fällen stehen sich die berechtigten Interessen des Schenkers und die des Beschenkten schroff gegenüber. Ist freilich das geschenkte Vermögen beim Beschenkten noch vorhanden, so haben die Interessen des Schenkers den Vorzug, und der Beschenkte wird dasselbe, insoweit des Schenkers Lebensunterhalt gefährdet ist, zurückgeben müssen. Ist es aber weder in Natur, noch in seinen Surrogaten mehr vorhanden, und müßte der Beschenkte, um den geschenkten Werth zurückzugeben, sein eigenes Vermögen angreifen

und opfern, so würde ihm die Schenkung nicht bloß nicht von Vortheil, sondern in Folge eines positiven Vermögensverlustes geradezu von Nachtheil gewesen sein. Dies widerspricht dem wahren Wesen der Schenkung, und man muß sich daher zu dem Grundsatze bekennen, daß der Beschenkte im Falle seiner Nichtkenntniß von der durch die Schenkung bewirkten Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts des Schenkers und seiner Angehörigen nicht zur Herausgabe des ganzen geschenkten Werthes, sondern nur zur Rückgabe Desjenigen verpflichtet ist, was er von dem Geschenke dermalen noch hat oder um was er dermalen noch bereichert ist. Dieser Grundsatz unterliegt jedoch zweierlei Einschränkungen. Zunächst kann die bloße Nichtkenntniß nicht genügen, sie muß vielmehr eine entschuldbare sein; denn wer sich in Geschäfte begiebt, die sein und das Vermögen eines Anderen verändern sollen, darf nicht blindlings hinein tappen und bloß das Gebotene begehren, sondern muß auch ein Bischen überlegen, an die Folgen denken und die Sachlage überhaupt sich klar zu machen versuchen; entschuldbar ist sie aber nicht bloß dann, wenn der Beschenkte bei der Prüfung der Lebensunterhaltsverhältnisse des Schenkers einer Fahrlässigkeit überhaupt sich nicht schuldig gemacht hat, sondern auch dann, wenn hierbei nur eine leichte Fahrlässigkeit (levis culpa, im Gegensatz zur groben Fahrlässigkeit, lata culpa) seinerseits unterlaufen ist. Denn es entspricht einestheils einer sehr verzeihlichen menschlichen Schwäche, wenn der Beschenkte in seiner Freude über die Gesinnung des Schenkers und den Werth des Geschenkes selbst in der mitunter kurzen Zeit des Schenkungsaktes an die entfernter liegenden Rückwirkungen der Schenkung auf die Vermögensverhältnisse des Schenkers nicht denkt, anderntheils findet er sich instinktiv durch die bessere Kenntniß des Schenkers von solchen Rückwirkungen eines weiteren Nachdenkens überhoben, und schließlich kann er auch nicht stets, wie etwa ein sorgfältiger und vorsichtiger Hausvater bei Eingehung sonstiger Geschäfte thun würde, bei Verwandten, Dritten oder gar Behörden Erkundigungen einziehen, ohne den Schenker aufs Tiefste zu kränken und schon gleich an der Schwelle der Schenkung eines Undanks sich schuldig zu machen. Liegen aber derartige nachtheilige Rückwirkungen für ihn klar zu Tage oder war er schon vor dem Schenkungsakt in glaubwürdiger Weise auf solche aufmerksam gemacht und hat er dennoch die erforderlichen Erkundigungen unterlassen, dann ist seine Nichtkenntniß unentschuldbar. Wir haben es also hier mit einer Ausnahme von der Regel des Entwurfs (§ 146),

wonach unter entschuldbarem Irrthum ein nicht auf Fahrlässigkeit beruhender Irrthum, unter Kennenmüssen oder Wissenmüssen ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Nichtkennen oder Nichtwissen zu verstehen sei, zu thun, mit einer Ausnahme, welche den Ausnahmen in §§ 877. 878. 881. 889. 945. 1152. 1195. 1258 und 1270 Entw. mindestens als gleichberechtigt zur Seite gestellt werden kann. Wer also im Bewußtsein oder in unentschuldbarer Unkenntniß von der durch die Schenkung bewirkten Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts des Schenkers und dessen Angehöriger die Schenkung dennoch annimmt, hat selbst im Falle späteren Verlustes des Geschenks jenen Lebensunterhalt bis zum Belauf des ganzen Werths der Schenkung zu prästiren. Wer dagegen in gutem Glauben oder in entschuldbarer Unkenntniß das Geschenk angenommen hat, haftet nur bis zum Belauf der Bereicherung.

Die zweite Einschränkung, welcher der obige Grundsatz unterliegt, betrifft den Zeitpunkt, nach welchem die zu restituirende Bereicherung zu berechnen ist. Nach der Regel des Entwurfs [1]) ist die Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit des Anspruchs entscheidend. Erlangt jedoch der Beschenkte erst nach der Schenkung, aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit Kenntniß von der Benachtheiligung des Lebensunterhalts des Schenkers oder seiner Angehörigen, so ist die Zeit dieser Kenntnißnahme maßgebend.

Wir haben uns bisher mit der, eine Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts des Schenkers oder seiner Angehörigen unmittelbar und sofort enthaltenden Schenkung beschäftigt. Damit ist aber unsre Untersuchung über die Wirkungen einer Schenkung auf jenen Lebensunterhalt noch nicht geschlossen. Denn es können auch nach Abschluß einer in dieser Hinsicht ganz anstandslosen Schenkung ungeahnte Umstände eintreten, welche jenen Lebensunterhalt in hohem Maße gefährden, die ihn aber nicht gefährdet haben würden, wenn die frühere Schenkung nicht stattgefunden hätte. In solchen Fällen fragt es sich, ob die Noth des Schenkers durch irgend eine Vermögensbeisteuer des Beschenkten gemildert werden soll. Dagegen spricht das Interesse des Beschenkten und die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Wenn einmal, so kann man einwenden, eine tadellose Schenkung stattgefunden hat, so darf sich zwar der Beschenkte eines groben Un-

[1]) Zweites Buch, erster Titel: Bereicherung. V. Sonstiges grundloses Haben. § 748.

danks gegen den Schenker nicht schuldig machen, ihn aber zu einem besonderen Danke zu verpflichten, geht zu weit. Denn das Geschenk ist definitiv in sein Vermögen übergegangen, er hat alle seine Lebensverhältnisse, seine geschäftlichen Beziehungen, seine und seiner Familie Ansprüche ans Leben und seine sozialen Verbindungen auf seinen durch jene Schenkung vervollständigten Vermögensstand eingerichtet, und es wäre eine ungerechtfertigte Härte, wollte man ihn nöthigen, der ungeahnten, nach langen Jahren eingetretenen Nothlage des Schenkers gegenüber ein Mitleid zu bethätigen, welches sein eigenes Vermögen in Verwirrung zu bringen im Stande wäre. Das Gewicht dieser Bedenken ist nicht zu leugnen. Gleichwohl hat schon eine in Deutschland fast gemeinrechtlich gewordene Praxis, der sich Kodifikationen und Gesetzesentwürfe angeschlossen haben, auf Grund römischrechtlicher vom Patronatsverhältniß redender Quellen dem Schenker einen Widerruf der Schenkung eingeräumt, wenn ihm nachträglich Kinder geboren und dadurch erhebliche Unterhaltspflichten geschaffen werden. Das heutige Rechtsgefühl unsres Volkes geht aber viel weiter und macht sich sehr energisch geltend. Wenn der Schenker eines erheblichen Vermögenstheils hinterher durch widrige Schicksale und Verluste in Vermögensrückgang gerathen ist, wenn er krank und arbeitsunfähig wird, wenn ihm neue Unterhaltsverpflichtungen entstehen, und er hierdurch dem gänzlichen Ruin und der öffentlichen Unterstützung preisgegeben wird, so wird der rechtschaffene Beschenkte, eingedenk der ihm erwiesenen Wohlthaten, schon von selbst nach Kräften unterstützend eintreten. Wer es nicht thun wollte, würde der allgemeinen Verachtung anheimfallen. Unser Volk betrachtet eine solche Unterstützung prinzipiell als eine moralische und soziale Pflicht des Beschenkten, der er sich um so weniger entziehen darf, als die Schenkung selbst als ein vorzugsweise moralisches Rechtsinstitut angesehen wird. Es handelt sich nur darum, die beiderseitigen Interessen ohne Härte zu vermitteln, den Schenker zu unterstützen, ohne dem Beschenkten wehe zu thun. Eine nachträgliche Anfechtung der Schenkung oder ein Widerruf derselben ist weder geboten, noch statthaft, allein eine Unterstützung nach Kräften im Rahmen desjenigen geschenkten Vermögens, welches der Beschenkte jetzt noch hat, scheint gerecht und billig zu sein. Wegen der großen Verschiedenheit der möglichen Fälle und wegen mangelnder Erfahrung über die Tragweite der einzelnen Konsequenzen wird man das Maß der Unterstützungspflicht in jedem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen

überlassen müssen. Nur eine Schranke muß gezogen werden. Der Beschenkte darf nicht angehalten werden, das ganze Geschenk wieder zu opfern, einen Theil desselben muß man ihm definitiv belassen, welchen? darüber kann man verschiedener Ansicht sein. Nach dem Vorgange des Römischen Rechts hinsichtlich der falcidischen Quart möchte ich ein Viertheil des noch vorhandenen Vermögens vorschlagen.

Wie ist es, wenn der Schenker jene, seinen Lebensunterhalt beeinträchtigenden Umstände selbst verschuldet hat? Hat er sie in der gegen den Beschenkten gerichteten bösen Absicht, von diesem die Unterstützung zu erhalten, selbst herbeigeführt, hat er sich z. B. in dieser Absicht selbst verstümmelt und dadurch arbeitsunfähig gemacht, so muß ihm die Unterstützung abgesprochen werden. Dasselbe ist der Fall, wenn er seine Nothlage durch grobe Fahrlässigkeit verschuldet hat, wenn er z. B. dem Hange zum Leichtsinn nachgebend, den Rest seines Vermögens nach und nach verschwendet, oder um in den Besitz der Versicherungssumme zu gelangen, betrügerischer Weise sein Haus und bewegliches Vermögen durch Feuer zerstört. In diesen Fällen muß er sich bei einigem Nachdenken sagen, und muß es wissen, daß seine leichtsinnigen oder verbrecherischen Handlungen zum Ruine seines Vermögens führen werden. Hat er aber bei der Vornahme von Handlungen, welche schließlich zur Nothlage führten, an diese Wirkung nicht gedacht, und hatte er keine Zeit zu ruhiger Ueberlegung, hat er sich hierbei nur einer einfachen und nicht einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht, so wird man ihm die Unterstützung selbst dann nicht versagen können, wenn er die Handlungen selbst absichtlich oder strafrechtlich fahrlässig vorgenommen hat. Wer also vorsätzlich, aber nicht mit Ueberlegung oder durch Fahrlässigkeit einen Menschen tödtet oder an seinem Körper verletzt, wird zwar bestraft, allein er hat, falls durch Schadensersatz, Gerichtskosten und länger dauernde Verdienstlosigkeit sein Vermögen aufgebraucht wird, jenen Anspruch auf Unterstützung Seitens des Beschenkten.

Auf Grund dieser Erörterungen über das Maß der Schenkung schlage ich folgende Bestimmungen vor:

§ 439.

Die Schenkung des ganzen gegenwärtigen oder zukünftigen Vermögens oder einzelner Vermögensgegenstände ist in soweit, als dadurch der standes-

gemäße Lebensunterhalt des Schenkers und die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinem Ehegatten (§§ 1280. 1281. 1454. 1460) und seinen Verwandten (§§ 1480—1496. 1571—1578) beeinträchtigt wird, ungültig.

In soweit der Beschenkte zur Herausgabe des Geschenkten außer Stande ist, hat er dessen Werth zu ersetzen. Befand er sich in einer, nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß von der im ersten Absatze erwähnten Beeinträchtigung, so haftet er nur bis zum Belauf seiner Bereicherung zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit des Anspruchs, und falls er von jener Beeinträchtigung in der Zeit zwischen Schenkung und Rechtshängigkeit Kenntniß erhielt, bis zum Belauf seiner Bereicherung zur Zeit dieser Kenntnißnahme.

§ 439a.

Treten erst nach Abschluß der Schenkung Umstände ein, welche eine Beeinträchtigung des standesgemäßen Lebensunterhalts des Schenkers oder der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinem Ehegatten oder seinen Verwandten bewirken, so kann der Schenker während der Dauer seiner Nothlage vom Beschenkten einen durch richterliches Ermessen zu bestimmenden Unterhaltsbeitrag verlangen. Für das richterliche Ermessen sind namentlich maßgebend die Größe und muthmaßliche Dauer des Nothstandes des Schenkers, die Höhe des geschenkten und noch vorhandenen Werthes und die mit der Unterstützung für die wirthschaftliche Existenz des Beschenkten verbundenen Folgen.

Der gesammte Beitrag des Beschenkten kann drei Viertheile des noch vorhandenen Werths der Schenkung nicht übersteigen.

Hat der Schenker seine Nothlage absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verursacht, so ist der Beschenkte nicht beitragspflichtig.

3. Form der Schenkung.

§ 9.

In fast allen Rechten aller Zeiten wird für die Gültigkeit gewisser Schenkungen eine, den Schenker gegen Uebereilung schützende Form gefordert. Sie ist meistens gerichtliche Protokollirung der Schenkung, aber auch notarielle Errichtung des Schenkvertrags, gerichtliche Beurkundung und außergerichtliche schriftliche Vertragsabfassung. Meistens wird sie nur für Schenkungen von erheblicherem Betrage angeordnet, wie für Schenkungen im Werthe von mehr als 500 Solidi (= 4666 $^{2}/_{3}$ Mark), 1000 Thaler, 1000 Gulden, 200 Gulden, 150 Gulden, 100 Gulden, dann aber auch für Schenkungen von Immobilien ohne Rücksicht auf deren Werth, und für Schenkungsverträge im Gegensatz zu sofort vollzogenen Schenkungen. Dabei werden aber überall noch zahlreiche Ausnahmen, Einschränkungen und Erweiterungen zugelassen,[1]) so daß wir uns vor einer äußerst sinnverwirrenden Musterkarte von Rechtsanschauungen befinden. Man gewinnt indessen hieraus die Ueberzeugung, daß nach einer weit verbreiteten und festgewurzelten Rechtsanschauung für gewisse Schenkungen wenigstens eine schützende Form nothwendig ist, und daß unsere Vorfahren gestrebt und gerungen haben, diese schwierige Frage in einer den Bedürfnissen ihrer Zeit entsprechenden Weise zu lösen.

Der Entwurf bestimmt, wesentlich im Anschluß an das Preußische Allgemeine Landrecht:

§ 440.

„Der Vertrag, durch welchen Jemand sich verpflichtet, einem Anderen etwas schenkungsweise zu leisten, ist nur dann gültig, wenn das Versprechen in gerichtlicher oder notarieller Form erklärt ist.

Dies gilt auch im Falle der Ertheilung eines die Angabe des Verpflichtungsgrundes nicht enthaltenden Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses."

§ 441.

„Die durch Veräußerung vollzogene Schenkung ist auch ohne Beobachtung einer besonderen Form gültig."[2])

---

[1]) Näheres zum Theil in den Motiven. §§ 440. 441.

[2]) Wären diese Vorschläge sachlich annehmbar, so dürfte doch die nicht leicht verständliche Vorschrift des Abs. 2 des § 440 klarer und mehr in Verbindung mit dem Inhalt des Abs. 1 zu formuliren sein. Im Uebrigen ist Abs. 1 und § 441

Dieses ausnahmsweise Formbedürfniß des Schenkungsversprechens wird von den Motiven in mehrfacher Weise zu rechtfertigen versucht. Zunächst soll die Form der gerichtlichen oder notariellen Erklärung „zur Verhütung übereilter Schenkungsversprechen" dienen. Diesen Grund werde ich nachher eingehend prüfen. Sodann soll sie zur „Beseitigung der in manchen Fällen nicht ausgeschlossenen Zweifel, ob ein wirkliches Schenkungsversprechen oder nur die Ankündigung der Absicht, künftig schenken zu wollen vorliegt", dienen. Dieser Grund ist durchaus nicht stichhaltig genug, um das vom heutigen Geschäftsverkehr geforderte Prinzip der Formfreiheit zu durchbrechen. Zweifel über einen wirklich erklärten oder nur in Aussicht gestellten Schenkungswillen werden wohl zuweilen vorkommen, allein Zweifel über Existenz und Umfang von Willenserklärungen kommen auch bei zahlreichen andern Geschäften vor, und will man jene verhüten, so muß man auch diese verhüten, und dann die Formnothwendigkeit zum Prinzip erheben. Und wenn solche Zweifel nur „in manchen Fällen" nicht ausgeschlossen sind, so kann man denn doch diesen seltenen Ausnahmen zu Liebe nicht die Gesammtzahl aller Schenkungsversprechen mit den Unannehmlichkeiten und Kosten einer gerichtlichen oder notariellen Mitwirkung belasten, und diejenigen Leute, die sich klar auszudrücken vermögen, für die Unklarheiten einiger weniger Sprachstümper nicht büßen lassen. Jedenfalls läge doch kein Grund zu einer gerichtlichen oder notariellen Mitwirkung vor, man müßte mit der Schriftform sich begnügen. Zum Theil derselbe Einwand muß gegen das Bedürfniß, „Streitigkeiten über die angeblichen Schenkungsversprechen eines Verstorbenen vorzubeugen", erhoben werden. Wenn schließlich jene Form verlangt wird, weil „damit die Umgehung der Vorschriften über die Form der letztwilligen Verfügungen und der Schenkungen auf den Todesfall thunlichst verhindert werde", so ist die Besorgniß des Entwurfs oder der Motive, das Publikum werde demnächst seine letztwilligen Verfügungen (Erbein-

---

durchaus verständlich und klar, allein, wie mir scheint, etwas zu breit und zu hart. Dürfte es sich nicht empfehlen, zu sagen: „Das Schenkungsversprechen ist nur dann gültig, wenn es in gerichtlicher oder notarieller Form erklärt ist; die durch Veräußerung vollzogene Schenkung bedarf dieser Form nicht." Nach § 91 Entw. ist § 441 eigentlich überflüssig. Man wird ihn wohl nur deshalb aufgenommen haben, um das Schenkungs*versprechen* mehr hervorzuheben. Gegen diese Vorsicht ist nichts einzuwenden, allein es stand dann doch nur gerichtliche oder notarielle Form und nicht jede andere „besondere" Form in Frage.

setzungen und Vermächtnisse) nicht in die für diese einseitigen Verfügungen vorgeschriebene Form der gerichtlichen oder notariellen Mitwirkung einkleiden, sondern sich mit der Mündlichkeit oder einfachen Schriftlichkeit begnügen, gänzlich unbegründet. Denn Erbeinsetzungen und Vermächtnisse sind doch, wie jeder testamentsbedürftige Laie weiß, etwas von Schenkungen unter Lebenden Grundverschiedenes. Und was die Schenkung auf den Todesfall betrifft (d. h. die Schenkung unter der Bedingung, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe oder diesen nicht überlebe, § 1963), auf welche, wenn durch Vertrag nur ein Schenkungsversprechen ertheilt ist, die Vorschriften über den Erbeinsetzungsvertrag oder den Vermächtnißvertrag Anwendung finden sollen,[1]) so wird der Gesetzgeber doch wahrlich nicht zu Gunsten der paar Leute, die aus Rechtsunkenntniß eine solche Schenkung auf den Todesfall ohne gerichtliche oder notarielle Form zu schließen geneigt sein möchten, um das Publikum an den Gebrauch dieser Form überhaupt zu gewöhnen, den gesammten großen Schenkverkehr unter Lebenden in die unbequemen, zeitraubenden und kostspieligen Fesseln der gerichtlichen oder notariellen Form schlagen. Und wenn er es thäte, so würde er eine Verwirrung erst recht herbeiführen, denn zur Gültigkeit des Schenkvertrages unter Lebenden fordert der Entwurf nur für das Schenkungs**versprechen** des Schenkers, zur Gültigkeit der erwähnten Schenkung auf den Todesfall aber nicht blos für dieses, sondern für den ganzen Vertrag, insbesondere also auch für die Erklärung der Annahme des Versprechens Seitens des Beschenkten gerichtliche oder notarielle Form.

Es bleibt daher nur zu untersuchen übrig, ob die Einführung der gerichtlichen oder notariellen Form für Schenkungsversprechen deshalb rathsam ist, weil damit übereilte Schenkungsversprechen verhütet werden können. Der Entwurf stellt in dieser Hinsicht die Schenkung mit Schenkungsversprechen in Gegensatz zu der durch Veräußerung vollzogenen Schenkung, für welch' letztere er gerichtliche oder notarielle Form nicht fordert, weil er bei ihr eine Uebereilung des Schenkers nicht besorgt. Etwas Wahres hat diese Unterscheidung. Es ist eine hinlänglich bekannte Erfahrung des Verkehrslebens, daß es leichter ist, ein Versprechen zu geben, als es zu

[1]) § 1943. „Ein Erbeinsetzungsvertrag kann nur vor Gericht oder Notar geschlossen werden." — § 1962. „Auf die Errichtung eines Vermächtnißvertrags finden die Vorschriften über den Erbeinsetzungsvertrag entsprechende Anwendung".

halten, und daß der Leichtsinn, die Uebereilung, die Ueberschätzung der eigenen wirthschaftlichen Kraft und die Selbsttäuschung über die Nützlichkeit einer beabsichtigten Vermögensveränderung nirgends mehr und stärker sich geltend macht, als bei Versprechungen, deren Erfüllung in weiter Ferne steht. Muß die Erfüllung Zug um Zug geschehen oder dem Versprechen auf dem Fuße folgen, da sind die Menschen fast ausnahmslos vorsichtiger, sie trennen sich nur ungern von dem, was sie haben und hingeben müssen, sie haben den Verlust vor Augen, empfinden und fühlen ihn in seiner ganzen Bedeutung, und das macht sie überlegend, nachdenklich, prüfend. Gefährlich ist das Wort, rettend die That. Nicht jede Veräußerung, nicht die durch Worte sich vollziehende, sondern nur die sichtbare, körperliche Veräußerung, die durch sichtbare Ausscheidung eines körperlichen Gegenstandes aus dem eigenen Vermögen sich vollziehende Veräußerung ist geeignet, den Leichtsinn und die Uebereilung im Zaume zu halten. Wenn daher die Motive in der Erklärung des § 441: „Die durch Veräußerung vollzogene Schenkung ist auch ohne Beobachtung einer besonderen Form gültig" — für die Schenkung einer Forderung oder eines anderen cessiblen Rechts durch mündliche Abtretung, für die Schenkung mittelst Erlasses durch mündlichen Abschluß des dinglichen Erlaßvertrags und für ähnliche Schenkungen jene Form nicht fordern, so handeln sie zwar in Konsequenz des angenommenen Grundsatzes, allein sie werden uns nicht überzeugen können, daß diese Arten der mündlichen Veräußerung auch nur um ein Geringes eine Garantie für die Abwesenheit von Uebereilung des Schenkers darbieten. Worin soll, was die Frage der Uebereilung betrifft, ein Unterschied bestehen zwischen dem Falle, da Jemand einem hülfsbedürftigen Freunde eine Unterstützung von 10 000 Mark in baar zu gewähren verspricht, und dem Falle, da er ihm mündlich eine Forderung an eine Sparkasse in gleichem Betrage abtritt. Man wird im Gegentheile sagen müssen, in letzterem Falle ist eine Uebereilung viel leichter platzgreifend, als in ersterem, weil der Schenker hier über ein im fremden Besitze befindliches Geld ohne jegliche Mühe disponiren kann, während er dort noch allerlei Erwägungen eintreten lassen muß, wie er die zuzusagenden 10 000 Mark beschaffen könne, ob durch Verkauf von Werthpapieren oder durch Darlehnsaufnahme bei einem Bankgeschäft mit Pfandbestellung oder Bürgschaft, und solche mühsame und unangenehme Erwägungen sehr wohl geeignet sind, vor Uebereilungen zu schützen. Auch der Erlaß einer Forderung

geht viel leichter, als die Begründung einer Schuld. Wenn ein Gläubiger, der schon seit Jahren weder Zinsen noch Hauptgeld erhalten hat, seinem mit den Sorgen des Lebens kämpfenden Schuldner aus Mitleid die Schuld erläßt, so fällt ihm dies bei Weitem nicht so schwer, wie wenn er demselben, ihm nichts schuldenden Manne eine gleiche Summe zu schenken verspricht. Also auch im Falle des Erlasses spielt die Uebereilung eine größere Rolle, als in dem des Schenkungsversprechens, und der Gesetzgeber hätte daher, um die Schenker vor Uebereilungen zu schützen, im geraden Gegensatz zum Entwurfe, viel mehr Anlaß, für die Gültigkeit der Cessionen und der Erlaßverträge, als für die Gültigkeit der Schenkungsversprechen die richterliche oder notarielle Form zu fordern.

Jedenfalls aber hätte der Entwurf, wenn er die gerichtliche oder notarielle Form zum Schutze des Schenkers nur vor Uebereilungen einführen wollte, weit richtiger gehandelt, wenn er an den Gegensatz zwischen rein konsensueller (mündlicher oder schriftlicher) und körperlicher Vermögensveränderung angeknüpft und für die auf einfacher Willenserklärung beruhende Schenkung (Schenkungsversprechen, Cession, Erlaß u. s. w.) den Formzwang, für die durch reelle Uebertragung (Traditon) vermittelte Schenkung aber Formfreiheit gefordert hätte. Man kann darum auch seinen, von den Motiven allerdings ganz richtig gezogenen Consequenzen nicht beistimmen, wenn die nachträgliche Erfüllung des formlosen Schenkungsversprechens nur unter den Gesichtspunkt der Leistung einer Nichtschuld gestellt wird. Denn wenn zwischen dem Schenkungsversprechen und seiner Erfüllung Wochen und Monate liegen, so werden die Eindrücke, unter denen der Schenker in übereilter Weise das Versprechen gegeben hatte, wohl so ziemlich verblaßt sein, und er hatte Zeit genug, alle maßgebenden Verhältnisse reiflich zu überlegen, und volle Gelegenheit, von der Erfüllung eines unwirksamen Versprechens abzustehen.

Läßt man seine im Schenkungsverkehr gemachten Erfahrungen auf sich einwirken, so wird man zur Erkenntniß gelangen, daß es nicht die Uebereilungen der Schenker, sondern wesentlich andere Gründe sind, welche für gewisse Fälle die Anwendung gerichtlicher oder notarieller Form rechtfertigen oder fordern. Vor Allem kommen eigentliche Uebereilungen, hastig vorgenommene Schenkungen doch immerhin nur selten vor, und der Gesetzgeber würde gewiß sehr unklug handeln, wollte er diesen Ausnahmefällen zu Liebe den gesammten loyalen Schenkungsverkehr durch jene beschwerliche Form in Ver-

wirrung und Unsicherheit bringen. Dies trifft selbst bei bloßen Schenkungsversprechen zu. Circulirt in einer Stadt eine Liste zur Zeichnung freiwilliger, für einen milden Zweck bestimmter Beiträge, die erst nach Verlauf einer gewissen Zeit erhoben werden sollen, so würde nach dem Entwurfe — und die Motive bestätigen es — die Zeichnung von ein paar Mark oder Pfennig mangels gerichtlicher oder notarieller Form ungültig, die im Drange eines wohlthätigen Herzens oder aus Eitelkeit und Großmannssucht sofort vollzogene, die Kräfte des Zeichners weit übersteigende Schenkung von 1000 Mark aber gültig sein. Dies widerstreitet doch wahrlich unseren Rechtsanschauungen.

Die erste Voraussetzung für die Rechtfertigung jener den Verkehr erschwerenden Form ist eine wesentliche Ueberschreitung der Grenzen, die jeder sorgfältige Hausvater und Wirthschafter seiner Schenkthätigkeit ziehen muß. Das heutige Leben stellt an den Wohlthätigkeitssinn und die Opferwilligkeit unseres Volkes in allen seinen Schichten große Anforderungen, an einzelne Klassen häufigere und höhere, an andere seltenere und geringere, aber selbst arme Familien, die mit des Tages Noth zu kämpfen haben, bleiben, namentlich in Fällen allgemeinen und das tiefste Mitleid beanspruchenden menschlichen Elends, von solchen Anforderungen nicht unberührt. Die Anlässe zu solchen Opfern sind zahlreich. Wer als Vorstand eines einfachen bürgerlichen Haushalts sein Ausgabenbuch durchgeht, wird vielleicht über die Summen erstaunen, die er im Laufe eines Jahres geschenkt hat. Da finden sich milde Beiträge für die Ueberschwemmten großer Landstriche, für Abgebrannte, für die Familien verunglückter Berg- oder Schiffsleute, für die gewöhnlichen Hausarmen, dann und wann für verschämte Armen, periodisch wiederkehrende Ausgaben für Armen-, Kranken-, Waisen-, Findel- und Irrenhäuser, und wie die zahlreichen Anstalten alle heißen, denen wir, unserem Herzen, der Sitte und den Pflichten unserer Lebensstellung folgend, Unterstützungen zukommen zu lassen pflegen. Dazu kommen dann noch die vielfachen Gelegenheitsgeschenke an unsere Angehörigen, Verwandte und Freunde (Geburtstags-, Weihnachts- und Hochzeitsgeschenke) und eine Reihe unvorhergesehener Geschenke, welche recht erhebliche Summen beanspruchen. Addirt man dann am Schlusse eines Jahres alle diese Ausgaben, so findet man, daß wir einen nicht unerheblichen Theil unseres Einkommens zu Geschenken geopfert haben. Haben wir zu oft und zu reichlich geschenkt, so leidet

der Hausstand oder das Geschäft Noth, und wir gelangen damit zu einem Erfolge, der für unser Vermögen gefährlich werden kann. Es ist darum die Pflicht eines sorgfältigen Hausvaters und Wirthschafters, seiner Schenkthätigkeit Grenzen zu ziehen, in den einzelnen Fällen Maß zu halten und nicht über seine Kräfte zu gehen. Wir handeln pflichtwidrig gegen uns selbst und unsere Familie, wenn wir große Schenkungen machen, d. h. solche, die wesentlich den Werthbetrag übersteigen, den wir als sorgfältige Hausväter und Wirthschafter ohne eigentliche Schädigung unseres Vermögens und innerhalb der durch Anforderung der Sitte, unserer Lebensstellung und des Zwecks der Gabe gezogenen Schranken schenken können. Was darüber ist, ist vom Uebel. Eine bestimmte Ziffer für alle Schenkungsfälle festzusetzen, wäre ganz verkehrt. Was sind einem Millionär 500 Solidi? Und eine Schenkung von einigen hundert Mark kann einen Familienvater, der nur über ein mäßiges Einkommen zu verfügen vermag, wenngleich sie sein Vermögen nicht ruinirt, doch auf Jahre hinaus schädigen. Der Begriff der großen Schenkung kann kein absoluter, er kann nur ein relativer sein. Im Streitfall entscheidet das freie richterliche Ermessen. Dies ist etwas unserem bisherigen Rechte nicht Fremdes, und auch der Entwurf giebt in zahlreichen, vor Gericht zu entscheidenden Schadensersatzfällen die Bestimmung der Existenz und Größe des Schadens, ja sogar die Verpflichtung zum Schadensersatze überhaupt dem Ermessen des Gerichtes anheim (§ 222)[1]).

Diese durch große Schenkungen verursachte Vermögensschädigung kann jedoch für sich allein die Einführung jener beschwerlichen Form nicht rechtfertigen. Zu diesem objektiven Thatbestand muß noch ein subjektives Erforderniß hinzutreten. In der Person des Schenkers allein kann es nicht liegen. Das Gesetz kann nicht Jedem, der durch Verletzung seiner Pflicht gegen sich selbst und seine Familie sein Vermögen geschädigt hat, hülfreich zur Seite stehen, und öffentliche Interessen stehen bei einer bloßen Vermögensschädigung des Schenkers nicht in Frage. Jenes subjektive Moment kann nur im Verhalten des Beschenkten zu der ihm angebotenen großen Schenkung gefunden werden. Weiß er nichts davon, daß der Schenker die Grenzen seiner Schenkthätigkeit überschritten und sein Vermögen geschädigt hat, und beruhte auch seine desfallsige Unkenntniß nicht auf grober Fahrlässig-

[1]) Vergl. auch § 260 C. P. O.

keit, so trifft ihn kein sittlicher Vorwurf. Weiß er es aber oder hätte er es ohne grobe Fahrlässigkeit wissen müssen, dann kann man ihm mit Recht den Vorwurf machen, daß er den Wohlthätigkeitssinn, das gute Herz, den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit des Schenkers in eigennütziger Weise ausgebeutet habe, und es besteht gewiß zwischen ihm und Demjenigen kein wesentlicher Unterschied, der unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen für ein Darlehen sich Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falls die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältniß zu der Leistung stehen, oder dem, der sich diese wucherlichen Vermögensvortheile verschleiert versprechen läßt, Handlungen, welche das Gesetz — und der Entwurf § 358 schließt sich ihm an — für ungültig erklärt und überdies mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bezw. bis zu einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu 3000 bezw. 6000 Mark bestraft.[1]) Will man auch in der bewußten Annahme einer solch' großen Schenkung keinen eigentlichen Wucher finden, so wird man doch angesichts des vorzugsweise moralischen Charakters der Schenkung in jener Handlung eine mit diesem Charakter durchaus unverträgliche Ausbeutung erblicken müssen, welcher der Gesetzgeber doch einigermaßen zu steuern oder nach Möglichkeit vorzubeugen verpflichtet ist.

Als das gelindeste Mittel hierfür bietet sich die gerichtliche oder notarielle Form des Schenkungsversprechens dar, so gelind, daß man die beabsichtigte Wirksamkeit fast in Zweifel ziehen möchte. Die einfach schriftliche Form nützt gar nichts; die Schenkung bliebe eine heimliche, das Licht der Oeffentlichkeit scheuende. Den Abschluß des Schenkvertrages, also auch die Annahmeerklärung des Beschenkten vor Gericht oder Notar zu fordern, wäre zu viel verlangt, weil damit die sehr häufig vorkommende Schenkung an Abwesende allzu sehr erschwert würde. Auch empfiehlt sich nicht einmal die Anwesenheit des Beschenkten bei Abgabe des Schenkungsversprechens vor Gericht oder Notar, weil sonst der im Banne des Beschenkten stehende Schenker in der Freiheit seiner Entschließung beschränkt würde. Von der gerichtlichen oder notariellen Form des Schenkungsversprechens kann man sich zwei Vortheile versprechen. Soll der Schenker vor Gericht

[1]) Str. G. B. § 302a. 302b. R. G. vom 24. Mai 1880.

oder Notar erscheinen, so wird er in manchen Fällen die damit verbundenen Unannehmlichkeiten, Unbequemlichkeiten und Kostenvorlagen scheuen, die Verwirklichung seiner Absicht hinausschieben und im Laufe der Zeit, seinem erwachenden Pflichtgefühle folgend, den ganzen Schenkungsplan aufgeben. Erscheint er aber vor Gericht oder Notar, so bleibt eine Besprechung seiner Verhältnisse nicht aus, und es wird gar Mancher noch in der letzten Stunde von seinem Schenkungsvorhaben gänzlich abstehen. Auf den Beschenkten aber wird die Oeffentlichkeit jener Form vielfach abschreckend einwirken. Heimlich möchte er gerne das Geschenkte erwerben, allein er scheut die Oeffentlichkeit und das ungünstige Urtheil seiner Standesgenossen und Bekannten und die Vorwürfe der Familie des Schenkers, und wird lieber auf die ihm angebotenen materiellen Vortheile verzichten, als sich zeitlebens einer Ehrenminderung aussetzen.

Ich beantrage daher, die §§ 440 und 441 Entwurf zu streichen und an deren Stelle zu setzen:

§ 440.

Die große Schenkung bedarf, falls der Beschenkte weiß, daß sie eine große ist, oder falls seine Unkenntniß auf grober Fahrlässigkeit beruht, zu ihrer Gültigkeit der in gerichtlicher oder notarieller Form erklärten Schenkungsabsicht des Schenkers.

Die Schenkung ist insoweit eine große, als sie den Werthbetrag, den der Schenker als sorgfältiger Wirthschafter ohne eigentliche Schädigung seines Vermögens und innerhalb der durch die Anforderungen der Sitte, seiner Lebensstellung und des Zwecks der Gabe gezogenen Grenzen schenken kann, wesentlich übersteigt.

Ueber das Vorhandensein einer großen Schenkung entscheidet das freie richterliche Ermessen.

4. Verbindlichkeiten des Schenkers.

§ 10.

Die Bestimmungen des Entwurfs über die aus der Schenkung entspringenden Verbindlichkeiten des Schenkers, wie namentlich über die Einschränkung seiner Haftung für Arglist und grobe Fahrlässigkeit (§ 442), wegen eines Mangels in seinem Rechte (§ 443), wegen eines

Mangels der geschenkten Sache (§ 444), über die Freiheit von Verzugszinsen (§ 445), über die Freiheit der Erben von der Fortgewährung einer vom Schenker zugesagten Unterstützung (§ 447) und über die unter einer Auflage gemachte Schenkung (§ 448) weichen von der herrschenden gemeinrechtlichen Doctrin nicht wesentlich ab, und ich kann ihnen in sachlicher Hinsicht nur zustimmen.[1]) Bezüglich des Erfüllungsorts aber bin ich andrer Meinung. Der Entwurf sagt im § 447:

„Das Schenkungsversprechen ist im Zweifel an dem Orte zu erfüllen, an welchem der Schenker zur Erfüllungszeit seinen Wohnsitz hat."

Die Motive betrachten diese Bestimmung als eine im Interesse des Schenkers statuirte Ausnahme von den in den §§ 229 und 230 gegebenen Regeln. Zunächst liegt aber ein Bedürfniß zu einer theilweisen Regulirung des Erfüllungsorts bei Schenkungen im Titel von der Schenkung gar nicht vor, da der allgemeine Theil des Rechts der Schuldverhältnisse die Stelle ist, wo erschöpfende allgemeine Bestimmungen über den Erfüllungsort der Schuldverhältnisse getroffen werden müssen. Wollte man jene karge, überdies nur Verwirrung erzeugende und zu einem wesentlichen Theil ganz unrichtige Bestimmung in den Spezialtitel von der Schenkung aufnehmen, so würde jedes einzelne Schuldverhältniß (zur Vermeidung möglicher Irrthümer) die Anwendung der allgemeinen Lehren vom Erfüllungsort durch Aufnahme desfallsiger Spezialbestimmungen in den ihm gewidmeten Spezialtitel mit Recht verlangen können. Dessen muß sich aber der Gesetzgeber enthalten, und der Entwurf hat auch sonst, abgesehen von zwei Stellen[2]), diese Enthaltsamkeit geübt. Jene Spezialbestimmung über den Erfüllungsort der Schenkungen ist aber auch geeignet, das Verständniß der im § 229 gegebenen allgemeinen Lehre zu beeinträchtigen. Hier wird die Natur des Schuldverhältnisses und der muthmaßliche Wille der Betheiligten als für die Bestimmung des Erfüllungsorts maßgebend erklärt, und man kann darüber gar nicht im Zweifel sein, daß es bei keinem Schuldverhältniß leichter ist, den Erfüllungsort nach der Natur des Schuldverhältnisses zu bestimmen, als gerade bei der Schenkung, vorausgesetzt freilich, daß

[1]) In redaktioneller Hinsicht sind, wie ich glaube, Aenderungen erforderlich. Ich werde dieselben dem den Schlußbericht erstattenden Ausschuß s. Z. vorschlagen.

[2]) § 620. Ort der Rückgabe der hinterlegten Sache. — § 1139. Ort der Zahlung einer Grundschuld.

man mit dem Worte: Natur des Schuldverhältnisses — den richtigen Begriff verbindet. Schließlich ist aber jene Spezialbestimmung des § 447 in vielen Schenkungsfällen gar nicht geeignet, das Interesse des Schenkers (und dies hat man ja doch ganz allein im Auge) irgendwie zu schützen. Ist eine individuell bestimmte Sache geschenkt, so liegt es im Interesse des Schenkers, daß sie nur da überliefert zu werden braucht, wo sie sich befindet, nicht aber am Wohnort des Schenkers. In ähnlicher Weise verhält es sich mit Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind.

Der Erfüllungsort für Schenkungsversprechen muß hiernach im Allgemeinen Theil des Rechts der Schuldverhältnisse bestimmt werden. Die Lehre des Entwurfs (§§ 229. 230) ist allerdings sehr dürftig und unbestimmt, und zum Theil unrichtig. In einem der nächsten Hefte dieser Zeitschrift werde ich ein Gutachten darüber erstatten und die mir richtig scheinenden Vorschläge machen. Einstweilen sei aber bemerkt, daß nach einer richtigen Auffassung römisch-rechtlicher Quellen und nach der Fortbildung, welche deren Inhalt in der Wissenschaft und Praxis erfahren hat, die gemeinrechtliche Lehre vom Erfüllungsort, in soweit sie hier zur Sprache kommt, folgende Gestalt hat:[1])

A. Ist der Erfüllungsort weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt, so wird er bestimmt durch die rechtliche und thatsächliche Natur der Obligation.

Hierbei gelten im Allgemeinen folgende Regeln:

1. Bei denjenigen Obligationen, welche nur einer Partei einen Vortheil gewähren, soll die Erfüllung an demjenigen Orte stattfinden, an welchem sie ohne weiteren Nachtheil für die belastete Partei geschehen kann, und zwar braucht

   a) bei Obligationen zum ausschließlichen Vortheil des Gläubigers der Schuldner die Leistung nur da vorzunehmen, wo er sie ohne weiteren Nachtheil (ohne besondere Opfer zu bringen) vornehmen kann, und der Gläubiger muß die Leistung an diesem Orte in Empfang nehmen. Der Erfüllungsort ist beim Schuldner;

---

[1]) Vergl. Reatz, das Gemeine Deutsche Civilrecht. Buch IV. Das Obligationenrecht (1886) §§ 124. 125. 130. 131. — Reatz, die Lehre vom Erfüllungsort (1862).

b) bei Obligationen zum ausschließlichen Vortheil des Schuldners braucht der Gläubiger die Leistung nur da anzunehmen, wo er sie ohne weiteren Nachtheil (ohne besondere Opfer zu bringen) annehmen kann, und der Schuldner muß an diesem Orte leisten. Der Erfüllungsort ist beim Gläubiger.

2. Bei denjenigen Obligationen, welche jeder Partei einen Vortheil gewähren, braucht der Schuldner nur bei sich zu erfüllen, und

3. bei denjenigen Obligationen, welche keiner Partei einen Vortheil gewähren, hat der schadensersatzpflichtige Schuldner beim Gläubiger, der zur Herausgabe einer Bereicherung Verpflichtete bei sich zu erfüllen.

B. Im Einzelnen gilt bei den Obligationen zum Vortheil des Gläubigers, — wie namentlich bei denen aus dem Hinterlegungsvertrag, Auftrag, der Geschäftsführung, Vormundschaft, Schenkung, bei der Exhibitions-, Editions-, Alimentationspflicht (sofern letztere nicht durch Delikt begründet ist), bei der Obligation des Erben auf Entrichtung eines Vermächtnisses und des Ehemanns auf Restitution der Dos (Heirathsgut, Mitgift):

1. Wird eine individuell bestimmte Sache geschuldet, so ist sie da zu leisten, wo sie sich zur Zeit der Entstehung der Obligation befand oder befinden sollte bezw. wohin sie nach der Absicht der Kontrahenten verbracht werden sollte oder durfte. (Obligationsmäßiger Ort der Lage der Sache).

Gelangte sie in der Folge ohne ein Verschulden des Schuldners, für welches er nach Charakter und Inhalt seiner Obligation einzustehen hat, an einen anderen Ort, so ist sie an diesem zu leisten. Der Ort der Lage der Sache ist Erfüllungsort.

Gelangte sie ohne ein solches Verschulden, aber nach Eintritt eines Verzugs des Schuldners an einen andern Ort, so muß sie der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers am obligationsmäßigen Ort ihrer Lage leisten.

Dasselbe ist der Fall, wenn sie durch ein Verschulden des Schuldners, für welches er einzustehen hat, an einen andern Ort gelangt.

2. Wird eine generisch bestimmte Sache geschuldet, so ist sie, falls der Schuldner mit Sachen solcher Art einen Handel treibt, an dem Orte der gewöhnlichen Lagerung derselben zur Zeit der Entstehung der Obligation (am Orte der Handelsniederlassung, Geschäftssitz, Fabrikort, Bergwerk), falls sie eine andere Sache ist, am Wohnort des Schuldners zur Zeit der Entstehung der Obligation zu leisten. (Obligationsmäßiger Ort der Lagerung der geschuldeten generisch bestimmten Sachen.)

Bei der Obligation des Erben auf Entrichtung eines Vermächtnisses ist entweder der Ort der Lage der Erbschaft bezw. des größeren Theils derselben oder der Wohnort des Erben Erfüllungsort. Sind jedoch Geldsummen von verhältnißmäßig nicht erheblichen Beträgen vermacht, so können dieselben, falls der größere Theil der Erbschaft an einem weit entfernten Orte sich befindet, und der in der Nähe des Vermächtnißnehmers liegende kleinere Theil der Erbschaft zur Beschaffung der legirten Summen ausreicht, an letzterem Orte gefordert werden.

Hat der Schuldner in der Folge seinen Geschäfts- oder Wohnsitz ohne bösliche Absicht und ohne Verletzung seiner desfallsigen Anzeigepflicht gegen den Gläubiger verlegt, so ist der neue Geschäfts- oder Wohnort Erfüllungsort. Fand jedoch diese Verlegung erst nach Eintritt eines Verzugs des Schuldners oder fand eine widerrechtliche Verlegung statt, so muß der Schuldner am ursprünglichen Erfüllungsort leisten.

C. In allen Fällen, in welchen der Schuldner nur bei sich zu erfüllen, der Gläubiger also den geschuldeten Gegenstand beim Schuldner abzuholen hätte, kann der Gläubiger die ordnungsmäßige Zusendung des geschuldeten Gegenstandes an seinen Wohn- bezw. Geschäftssitz oder an einen beliebigen anderen Ort, jedoch gegen vorerstigen Ersatz der dem Schuldner daraus erwachsenden Auslagen verlangen, es sei denn,

1. daß er, ohne besondere Opfer bringen zu müssen, die Leistung am Erfüllungsorte selbst oder durch Stellvertreter entgegennehmen kann, oder
2. daß die Versendung für den Schuldner mit gleicher oder größerer Mühe verbunden ist, als die Empfangnahme der Leistung am Erfüllungsort für den Gläubiger, oder
3. daß die Umstände, unter welchen der Schuldner zur Versendung verpflichtet wäre, durch eigenes Verschulden des Gläubigers herbeigeführt wurden, oder
4. daß der Schuldner trotz eifriger Bemühungen einen geeigneten Transportanten nicht finden kann.

D. Ueberall, wo der Schuldner nur bei sich zu erfüllen, der Gläubiger also den geschuldeten Gegenstand bei jenem abzuholen hat, kann der Schuldner bringen, und wo derselbe bringen müßte, kann der Gläubiger abholen (Uneigentlicher Erfüllungsort § 121), sofern dadurch die Lage des andern Theils nicht verschlimmert wird.

Aus den oben angeführten Gründen beantrage ich:

Den § 446 Entwurfs zu streichen.

5. Widerruf der Schenkung.

§ 11.

Unter dem Einflusse sittlicher Anschauungen des Christenthums hatte Justinian den Widerruf der Schenkungen wegen Undankbarkeit des Beschenkten gegen den Schenker zu einer allgemeinen Rechtsregel erhoben und als Widerrufsgründe zugelassen: schwere wörtliche Beleidigung, Thätlichkeiten, Versetzen in Lebensgefahr und absichtliche Zufügung eines bedeutenden Vermögensverlusts. Bei diesen Gründen ist das Gemeine Recht bis auf den heutigen Tag stehen geblieben und der Entwurf hat hieran auch nichts Wesentliches geändert. Er sagt:

§ 449. „Eine Schenkung kann wegen Undanks durch eine gegenüber dem Beschenkten abzugebende Erklärung widerrufen werden, wenn der Beschenkte dem Leben des Schenkers nachgestellt oder demselben die Freiheit zu entziehen gesucht, oder sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung oder schweren Beleidigung desselben schuldig gemacht, oder wenn er ihm einen bedeutenden Vermögensverlust vorsätzlich zugefügt hat."

§ 450. „Dem Erben des Schenkers steht das Recht, die Schenkung wegen Undanks zu widerrufen, nur dann zu, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich getödtet hat."

Mit diesen Bestimmungen steht der Entwurf meines Erachtens nicht auf der Höhe der geläuterten Rechtsanschauungen des deutschen Volkes. Er bedarf vielmehr mehrfacher Erweiterungen und Einschränkungen.

Wie bereits oben (§ 2) erörtert, ist die Schenkung ein Rechtsinstitut von vorzugsweise moralischem Charakter. Nach den Grundsätzen der Moral ist der Beschenkte dem Schenker gegenüber zur Bethätigung eines angemessenen Dankes verpflichtet, und er muß sich Zeitlebens jedes Undankes in Worten und Thaten enthalten.

Das Recht kann diese Anforderungen der Moral nicht völlig sich aneignen. Vor Allem darf es nicht principiell den Beschenkten zu positiven Dankesbezeigungen anhalten, und im Unterlassen solcher selbst da, wo es sich um die fast mühe- und opferlose Abwendung eines dem Schenker drohenden erheblichen Verlustes handelt, einen von rechtlichen Folgen begleiteten Undank finden. Zwar wird nicht Jedermann diese Gleichgültigkeit des Gesetzes billigen. Giebt es schon Juristen und Philosophen, welche Denjenigen, der einen Ertrinkenden sieht und ihn nicht rettet, obgleich er des Schwimmens kundig ist, oder Denjenigen, der den Brand eines Hauses entdeckt, ihn aber nicht löscht, obwohl Rettung und Löschung ohne Gefahr und Mühe bewerkstelligt werden kann, für kriminell strafbar erklären möchten, so wird die Zahl derer noch größer sein, die den Beschenkten, der zur Rettung seines Schenkers und dessen Vermögenshabe nichts thut, wegen seines groben Undanks zum Mindesten privatrechtlich, mit der Zulässigkeit des Widerrufs der Schenkung bestraft wissen wollen. Das Gewicht dieser Stimmen ist nicht zu verkennen, und es kann eine Zeit eintreten, zu welcher sie eine Berechtigung haben werden. Dermalen aber ist diese Zeit noch nicht gekommen, weil namentlich der Uebergang von der bisherigen, den Standpunkt der Moral nur sehr unvollkommen vertretenden Gesetzgebung zu diesem fast absoluten Moralitätsprinzip doch gar zu schroff und unvermittelt wäre. Im großen Ganzen wird man, im Anschluß an das bisherige Recht, für die heutige Zeit nur positive Undankshandlungen und nicht Unterlassungen als Widerrufsgründe zulassen dürfen, und in soweit dem Entwurfe beistimmen müssen, dessen Widerrufsgründe ebenfalls positiver Natur sind. Man muß ihm aber auch darin beistimmen, daß

nur vorsätzliche Handlungen des Beschenkten zum Widerruf sich eignen, nicht auch fahrlässige, und endlich auch darin, daß die Urheberschaft der betreffenden Undankshandlung vorausgesetzt wird, und es gleichgültig ist, ob der undankbare Beschenkte als Mitthäter, Anstifter oder Gehülfe gehandelt hat.

Dagegen ist die Zahl der vom Entwurf hervorgehobenen Widerrufsgründe viel zu gering. Dieselben datiren von der allerersten Stufe der Einführung des allgemeinen Widerrufs der Schenkung wegen Undanks; die Anschauungen der heutigen Zeit sind unberücksichtigt geblieben. Diese aber gehen dahin:

1. daß alle vom Beschenkten gegen den Schenker unmittelbar gerichteten vorsätzlichen Handlungen, welche das Strafgesetzbuch als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedroht, als Widerrufsgrund gelten. Ausgeschlossen sind also die fahrlässigen Handlungen und die Uebertretungen. Da jedoch das Strafgesetzbuch (§ 139) auch Denjenigen, welcher von dem Vorhaben eines Hochverraths, Landesverraths, Münzverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährlichen Verbrechens zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntniß erhält und es unterläßt, hiervon der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person zur rechten Zeit Anzeige zu machen, dann bestraft, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist, so muß auch in einer solchen Unterlassung rechtzeitiger Anzeige ein Widerrufsgrund gefunden werden, falls jene Verbrechen gegen die Person des Schenkers gerichtet waren.

Zur Begründung dieser Rechtsanschauungen sei Folgendes bemerkt:

Außer den vom Entwurf aufgeführten Handlungen giebt es eine Reihe von Verbrechen und Vergehen, die, falls sie gegen den Schenker gerichtet sind, als Widerrufsgründe angenommen werden müssen. Unser Rechtsbewußtsein fordert gebieterisch, daß dem Beschenkten das Geschenk entzogen werden darf, wenn er in einer den Schenker berührenden Rechtssache gegen dessen Interesse einen Meineid geleistet hat, selbst wenn der Ausgang des Prozesses für den Schenker keinen bedeutenden, oder überhaupt keinen Vermögensverlust im Gefolge hatte, oder wenn die Absicht des falsch schwörenden Beschenkten auf eine Vermögensbeschädigung des Schenkers gar nicht gerichtet war. Ebenso muß ein Widerrufsgrund sein: der Ehebruch des Beschenkten mit dem Ehegatten des Schenkers; die Begünstigung des Thäters oder Theilnehmers eines gegen den Schenker gerichteten

Verbrechens oder Vergehens, um ihn der Bestrafung zu entziehen; die Anstiftung oder Beihülfe zur Abtreibung der Leibesfrucht der schwangeren Ehefrau des Schenkers; die Unterschiebung eines Kindes und dergl. gegen den Schenker unmittelbar gerichtete Verbrechen und Vergehen des Beschenkten. Das Strafgesetzbuch giebt uns in dieser Beziehung einen festen und sicheren Anhalt, denn es ist nicht blos der Hüter der Rechtsordnung, sondern auch der Rächer der verletzten Moral. Wenn Beleidigungen des Schenkers durch den Beschenkten einen Widerrufsgrund abgeben sollen, um wieviel mehr müssen jene schweren Verbrechen und Vergehen zum Widerrufe sich eignen. Legt man das Strafgesetzbuch zu Grunde, so erhält man auch scharfe Begriffe an Stelle der immerhin dehnbaren und verschiedener Auslegung fähigen Begriffe des Entwurfs von der Lebensnachstellung und dem Versuch der Freiheitsentziehung, zu deren Klarstellung man in Streitfällen auf die l. 10. C. de revocandis donationibus (8. 56) zurückzukommen, und eine Interpretation ihres Inhalts: ita ut injurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel jacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponat, vel vitae periculum aliquod intulerit etc. vorzunehmen gezwungen wäre.

2. Man muß aber noch einen Schritt weiter gehen und auch die gegen den Schenker nur mittelbar gerichteten Verbrechen und Vergehen des Beschenkten als Widerrufsgründe gelten lassen. Die Solidarität der deutschen Familie erzeugt die Anschauung, daß ich das Leid und Unrecht, was meiner Familie, meinen nächsten Angehörigen, meiner Frau, meinen Eltern und meinen Kindern zugefügt worden ist, als mir zugefügt betrachte, und auf demselben Grund beruht die Rechtsanschauung, das der Beschenkte das Gute, was ihm vom Schenker unmittelbar und von dessen Familie, die ja durch Entfremdung der geschenkten Gabe beeinträchtigt wird, mittelbar zu Theil geworden ist, weder gegenüber dem Schenker noch dessen Familie mit Bösem, mit Verbrechen und Vergehen, vergelten darf. Die Beschenkten, welche die Eltern des Schenkers durch meineidige Zeugenaussagen in unverschuldetes Unglück gestürzt, welche seine Ehefrau genothzüchtigt, seinen Sohn getödtet, oder seine Tochter wider deren Willen durch List, Drohung oder Gewalt, um sie zur Unzucht zu bringen, entführt haben, sie alle haben durch ihre Verbrechen den Schenker aufs Tiefste verletzt, schwerer, wie durch eine direkt ihm zugefügte schwere wörtliche Beleidigung. Streitig kann es nur sein,

welche Grenze das Gesetz der „Familie" ziehen soll. Meiner Ansicht nach muß es sich auf die engste Familie, auf Ehegatten, Eltern und Kinder beschränken, freilich ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob sie sich in derselben häuslichen Gemeinschaft befinden oder nicht.

3. Der Entwurf fordert für den Widerruf bei drei Gründen — Mißhandlung, Beleidigung und Vermögensschädigung — den Eintritt eines nachtheiligen Erfolges; bei zweien — Lebensnachstellung und Freiheitsentziehung — läßt er schon den Versuch zu. Dies scheint mir ohne jegliches Prinzip zu sein. Man wird es nicht begreiflich finden, daß der unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben unternommene Raubversuch, der nach dem Strafgesetzbuch mit Zuchthaus bestraft werden kann, zum Widerruf einer Schenkung sich nicht eignen, während der Versuch einer einfachen Freiheitsberaubung durch vorübergehende Einsperrung, welcher strafrechtlich ungeahndet bleibt, einen Widerrufsgrund abgeben solle. Das Richtige ist, auch hier das Strafgesetzbuch zu Grunde zu legen, und jeden von diesem für strafbar erklärten Versuch eines gegen den Schenker unmittelbar oder mittelbar gerichteten Verbrechens oder Vergehens des Beschenkten als Widerrufsgrund zuzulassen.

4. Es giebt Fälle kriminell strafbarer Vergehen, die nach ihrer ganzen Natur nur leichte moralische Vergehen sind, und daher nicht wohl als Fälle groben Undanks angesehen werden können. Ein Widerruf der Schenkung dieserhalb würde unsern Rechtsanschauungen widersprechen. Im Anschluß an das Gemeine Recht hat daher der Entwurf auch nur schwere Beleidigungen und bedeutende Vermögensverluste als Widerrufsgründe ausgegeben. Allein dies genügt nicht. Was sind schwere, was leichte Beleidigungen, was bedeutende Vermögensverluste, was unbedeutende? Welchen Einfluß muß das Benehmen des Schenkers haben, das, an sich ungerechtfertigt, hochfahrend und beleidigend, den Beschenkten zur schweren Beleidigung gereizt hat? Darf der Noth, dem Leichtsinn, der Empfindlichkeit, der Uebereilung, dem Zorn und anderen Eigenschaften des Beschenkten ein Einfluß eingeräumt werden? Dies sind Fragen, die im Allgemeinen bejaht werden müssen. Die Entscheidung im Einzelnen muß dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, das stets zu prüfen hat, ob subjektiv und objektiv ein Fall groben Undanks des Beschenkten gegen den Schenker vorliegt. Dieses richterliche Ermessen hat selbstverständlich keinen Raum bei Verbrechen, sondern nur bei leichten Fällen der Vergehen der Beleidigung (§ 185 ff.

Str. G. B.), der Körperverletzung (§ 223), der einfachen Freiheitsentziehung (§ 239), der Nöthigung (§ 240, 253), der Bedrohung (§ 241), des Diebstahls (§ 242 ff.), der Begünstigung und Hehlerei (§ 257 ff.), des Betrugs und der Untreue (§ 263 ff.), der Urkundenfälschung (§ 267 ff.), des strafbaren Eigennutzes (§ 284 ff.) und der Sachbeschädigung (§ 303 ff.).

Mit den Bestimmungen der §§ 450, 451 und 452 im Wesentlichen einverstanden, beantrage ich, den § 449 Entw. zu streichen und an dessen Stelle zu setzen:

§ 449.

Die Schenkung kann wegen groben Undanks widerrufen werden.

Grober Undank ist die Verübung vorsätzlicher, gegen den Schenker oder dessen Ehegatten, Eltern oder Kinder gerichteter, im Strafgesetzbuch mit Strafe bedrohter, vollendeter oder versuchter Verbrechen oder Vergehen des Beschenkten. Ist nach dem durch die Umstände des Einzelfalls, insbesondere durch die Gesinnung des Schenkers, den Werth des Geschenks und der Größe des hiernach geschuldeten Danks, durch den Erfolg des Vergehens, die Gesinnung und den Gemüthszustand des Beschenkten und das Benehmen des Schenkers zu bestimmenden richterlichen Ermessen das Vergehen keine sehr erhebliche sittliche Verfehlung des Beschenkten, so liegt grober Undank nicht vor.

Der Widerruf hat, soweit dies thunlich ist, durch eine dem Beschenkten gegenüber abzugebende Willenserklärung zu geschehen.

Bemerkungen bezüglich des Rechts der Schuldverhältnisse.

Von A. **Westrum**, Rechtsanwalt am Königl. Oberlandesgericht Celle.

Wenn die nachstehend bezüglich des „Rechts der Schuldverhältnisse" gemachten Bemerkungen wesentlich darauf hinauslaufen, zu einzelnen Punkten Abänderungs- oder, — nach meiner Meinung —, Verbesserungsvorschläge zu machen, so möchte ich mich doch von vornherein gegen die Auffassung verwehren, als wolle ich damit den Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuches im Allgemeinen tadeln oder als fände ich an dem von mir besprochenen Theile des Entwurfs nichts zu loben, vielmehr nur zu tadeln. Es liegt in der Natur der Sache, daß man diejenigen Bestimmungen des Entwurfs, welche man für zutreffend und gut hält, nichts besonders hervorhebt, und sich beschränkt auf dasjenige, was einer Verbesserung bedürftig erscheint. Daher erklärt sich die jüngst in verschiedenen Zeitungen beklagte Erscheinung, daß sich fast nur tadelnde Bemerkungen in den Besprechungen des Entwurfs vorfänden. Es wird auch kaum für die Aufgabe einer jeden Besprechung dieses oder jenes Theils des Gesetzbuches erachtet werden können, ein generelles Urtheil über dasselbe zu fällen. Ob der Einzelne das Werk einer großen Anzahl unserer bedeutendsten Juristen gelungen oder nicht gelungen findet, darauf wird wenig ankommen. Der Einzelne wird nur darin nützen können, daß er zu ganz bestimmten Punkten, die ihn vielleicht speziell interessiren oder zu deren Beurtheilung ihn näheres Studium oder praktische Erfahrungen befähigen, Vorschläge macht. Auf je weniger Punkte er sich dabei konzentrirt, um so eher wird er wirklichen Nutzen schaffen und wenn er nur eine

einzige nachtheilige Bestimmung beseitigt, oder eine einzige wünschenswerthe Bestimmung hineinbringt in ein Gesetzbuch, das für viele Millionen Deutsche auf unabsehbare Zeit maßgebend sein soll, so kann er mit dem Erfolg seiner Arbeit zufrieden sein.

So wird denn auch der nachstehende Aufsatz sich auf wenige bestimmte Punkte beschränken und nur, um nicht den Anschein zu erwecken, als solle durch einzelne etwaige abfällige Bemerkungen der gesammte Entwurf getadelt sein, will ich bemerken, daß ich denselben im Ganzen für ein durchaus gelungenes Werk erachte, genügend detaillirt, um nicht in jedem Einzelfalle den Rechtsuchenden im Stich zu lassen und doch nicht kasuistisch, wie das Preußische Landrecht, keine einfache Kodifikation des Rechts irgend eines Deutschen Landes oder Landestheils, und doch sich eng genug anschließend an die geltenden Rechte, um nicht den historischen Boden unter den Füßen zu verlieren.

I.

Wenn ich mich hiernach zur Besprechung der Einzelheiten wende, so möchte ich in dieselbe auch einschließen einen Punkt, der nach der Eintheilung des Entwurfs zwar nicht unter das „Recht der Schuldverhältnisse" fällt, vielmehr von dem Entwurfe im allgemeinen Theil abgehandelt wird, der aber wesentlich nur praktische Bedeutung haben wird bei Kontrahirung von Schuldverhältnissen, ich meine die Frage nach der Haftung eines nicht legitimirten Vertreters. Diese Frage wird von dem Entwurfe § 125 dahin beantwortet:

> „Der Vertreter, welcher bei Schließung des Vertrages nicht kundgegeben hat, daß er ohne Vertretungsmacht sei, ist, wenn die Genehmigung des Vertrages verweigert wird, dem anderen Vertragsschließenden persönlich verhaftet. Der Andere kann nach seiner Wahl Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.
>
> Die Haftung des Vertreters tritt nicht ein, wenn der Andere den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat."

Also unbedingt, ohne Rücksicht auf jede Fahrlässigkeit — wie die Motive ausdrücklich hervorheben — haftet der Vertreter in der Weise, daß von ihm „Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung" gefordert werden kann.

Es ist damit eine viel ventilirte Frage entschieden, die nach gemeinem Recht wohl dahin beantwortet werden mußte, daß der nichtlegitimirte Vertreter, da er selbst nicht kontrahiren will und in gar keinem

Kontraktsverhältniß zur Gegenseite steht, nicht einmal bei Fahrlässigkeit, vielmehr lediglich bei dolus haftet. Ist nun die abweichende Bestimmung des Entwurfs, — die sich anschließt an entsprechende Vorschriften unseres Handels- und Wechselrechts —, gerechtfertigt? Mir scheint das nicht. Mir scheint sie vielmehr im hohen Grade ungerecht, ja widersinnig zu sein.

Nehmen wir ein Beispiel. Ein Notar erhält von einem in der Hauptstadt lebenden Rittergutsbesitzer den Auftrag, dessen Gut zu verkaufen. Er findet zu dem geforderten Preise auch Reflektanten und der Vorsicht wegen läßt er, ehe er mit einem derselben abschließt, sich noch eine beglaubigte Vollmacht des Eigenthümers ertheilen. Später wird der Eigenthümer für verrückt erklärt, und zwar sagen die Sachverständigen aus, daß er seit Jahren verrückt sei, wie es dem Verfasser dieses Aufsatzes in seiner Praxis vorgekommen ist, daß der Besitzer eines großen Hotels, der dasselbe mit bestem Erfolg verwaltete, plötzlich für seit acht Jahren verrückt erklärt wurde. Jetzt soll also der Notar — der auf Grund der Vollmacht eines Geisteskranken oder einer gefälschten Vollmacht ꝛc. gehandelt hat — seinerseits regreßpflichtig sein, regreßpflichtig, wenn er auch mit der penibelsten Sorgfalt in der ganzen Angelegenheit verfahren ist.

Die Motive rechtfertigen dies mit der Rücksicht auf das Verkehrsinteresse. Dem anderen kontrahirenden Theile wird es ja auch sicherlich sehr angenehm sein, wenn bei mangelnder Vollmacht stets der Bevollmächtigte bluten muß. Vielleicht kann aber auch dieser auf einige Rücksicht Anspruch machen, wenn ihn kein Verschulden trifft, und man möge sich, wenn man hier — wie z. B. auch im Handelsrecht beim gutgläubigen Erwerb fremder Sachen — von dem Schutze und der Sicherheit des Verkehrs spricht, darüber nicht täuschen, daß man nur mit der einen Hand giebt, was man mit der anderen nimmt. Die Sicherheit des einen bedeutet die Gefährdung des anderen, des anderen, der gerade so viel Anspruch auf Sicherheit hat, wie jener.

Keinenfalls liegt aber ein Grund vor, dem anderen Kontrahenten ein Recht auf „Erfüllung" oder „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" zu geben, höchstens könnte der andere Kontrahent das negative Vertragsinteresse, Ersatz alles Schadens, der ihm durch das Eingehen auf den Vertrag erwachsen ist, fordern. Das allein wäre logisch. Wenn jemand Vollmacht nicht besitzt, so darf er auch nicht sagen, daß er solche habe. Giebt er dennoch — mit oder ohne Verschulden — an, solche zu besitzen, so ist er verantwortlich, er muß den Schaden ersetzen,

der dadurch entstanden ist, daß er unrichtiger Weise behauptete, bevollmächtigt zu sein. Hätte er dies nicht behauptet, so wäre aber eben überhaupt kein Vertrag geschlossen. Der Entwurf steht dagegen auf dem Standpunkte: Wer keine Vollmacht hat — vielleicht wegen Unzurechnungsfähigkeit des Mandanten eine gültige Vollmacht desselben gar nicht bekommen kann — muß doch eine haben, nämlich den anderen Theil so stellen, wie wenn er sie hätte.

Wenn ich umgekehrt sage, wer keine Vollmacht hat, darf auch nicht vorgeben, sie zu haben und muß den anderen Theil so stellen, wie wenn er dies nicht vorgegeben hätte, so macht dies praktisch einen großen Unterschied. Danach würde, — um bei dem obigen Beispiele zu bleiben —, der nicht legitimirte Notar wahrscheinlich einige hundert Mark an Stempel-, Reisekosten u. s. w. zu ersetzen haben, nach dem Entwurfe hat er vielleicht sein ganzes Vermögen, den Ertrag eines langen, arbeitsreichen Lebens zu opfern, — ohne jedes Verschulden, ohne jegliche, auch die leiseste Fahrlässigkeit. Wenn er das Gut dem Auftrage gemäß für 200 000 Mark verkauft und es ist in Wirklichkeit 300 000 Mark werth (er hat das Gut vielleicht nie gesehen, oder ist nicht sachverständig genug, um seinen Werth schätzen zu können), so soll er dem Käufer 100 000 Mark Schadensersatz zahlen, wenn auch dieser nie das Gut für 200 000 Mark erhalten haben würde und der Auftrag, so billig zu verkaufen, vielleicht nur in der geistigen Gestörtheit des Eigenthümers seinen Grund hatte. Der Käufer steckt, als angeblichen Schadensersatz einen Gewinn in die Tasche, den er sonst nie gemacht hätte, und der unglückliche Vermittler mag sein Vermögen hergeben, ihm solchen Gewinn auszahlen. Weshalb auch behauptet er, bevollmächtigt zu sein. Da sehe er zu!

Die Bestimmung des Entwurfs ist, auf den ersten Anblick, sehr einfach, sehr natürlich, sie schneidet alle Untersuchungen über Schuld, bezw. Nichtschuld, dolus oder guten Glauben ab, sie scheint streng, aber gerecht. Eine genauere Betrachtung aber führt, wie wir sehen, zu einem ganz anderen Urtheil über diese schneidige Vorschrift.

II.

Der § 207 sagt:

„Ist ein Schuldverhältniß auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, so steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist.“

Diese Fassung kann den Zweifel erwecken, ob nur eine ausdrückliche desfallsige Festsetzung, Bestimmung im Vertrage, das Wahlrecht des Schuldners ausschließt oder ob auch eine aus den Umständen des Falls zu folgernde, jedoch nicht bestimmt ausgesprochene Absicht der Parteien genügen soll. Das letztere würde bei einem Gesetzbuch, welches so viel Gewicht auf die bona fides, auch die Berücksichtigung des wahren Willens zweier Kontrahenten legt, gewiß das Richtigere sein und um jeden Zweifel in dieser Beziehung auszuschließen und dem Richter die volle Freiheit der Entscheidung zu wahren, dürfte etwa folgende, zugleich kürzere Fassung sich empfehlen:

„. . . ., so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu."

Diese Fassung drückt zugleich, indem sie sich an den alten Satz: „In dubio mitius" anschließt, den Grund an, weshalb das Gesetz im Zweifelsfalle dem Schuldner das Wahlrecht zu gewähren hat.

III.

Der § 218 bestimmt:

„Ist Schadensersatz zu leisten, so umfaßt der zu ersetzende Schaden sowohl die erlittene Vermögenseinbuße als auch den entgangenen Gewinn.

Als entgangener Gewinn kommt nur derjenige in Betracht, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte."

Bedenken erregt bei diesem Paragraphen das Alinea 2. Die Motive rechtfertigen es mit folgender Bemerkung:

„Die Vorschrift des zweiten Absatzes ist nicht zu entbehren. Durch sie erhält die Praxis im Hinblicke auf § 260 der C. P. O. die nöthige Anweisung, aus welcher erhellt, daß einestheils die volle Gewißheit, der Gewinn würde gezogen worden sein, nicht erforderlich sei, andererseits aber auch die bloße Möglichkeit, der Beschädigte würde den Gewinn erlangt haben, nicht ausreiche, daß vielmehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit entscheide."

Die Vorschriften über die Beweiswürdigung gehören aber doch wohl in die Civilprozeßordnung. Man streiche das „mit Wahrscheinlichkeit" und die Vorschriften unseres Prozeßgesetzes über die freie richterliche Beweiswürdigung, insbesondere beim Schadensersatz, werden dennoch völlig ausreichen.

In diesem Alinea 2 steckt aber nicht nur, wie die Motive anzunehmen scheinen, eine Bestimmung über die erforderliche Stärke des Beweises, sondern eine materielle Vorschrift, und man wird sich hierüber klar werden müssen, um dann sich entscheiden zu können, ob man diese materielle Vorschrift billigt oder nicht. Bekanntlich unterscheidet das gemeine Recht ein damnum circa rem und damnum extra rem, einen unmittelbaren und einen mittelbaren Schaden, der dann sowohl in einem eigentlichen Vermögensverlust, als in einem entgangenen Gewinn bestehen kann. Wenn ich jemanden einen fehlerhaften Eisenträger liefere, so ist sein Minderwerth ein damnum circa rem, der Schaden der durch den Einsturz vielleicht des ganzen Hauses, in dem der Träger verwandt wurde, geschieht, ein damnum extra rem. Wenn jemand mir eine Schuld zu spät bezahlt, so sind die mir entgehenden landesüblichen Zinsen, die ich vom Gelde, bei rechtzeitiger Zahlung hätte ziehen können, ein damnum circa rem; der größere Schaden, der mir dadurch erwächst, daß ich ein mir offerirtes lucratives Geschäft aus Mangel an Geld unterlassen muß, ein damnum extra rem.

Die Motive bemerken nun, daß das bürgerliche Gesetzbuch diese, zudem schwer zu fixirende, Unterscheidung nicht aufgenommen habe und jeder Schaden, — mittelbar oder unmittelbar — zu ersetzen sei. Das ist nach § 218 Alinea 2 nicht richtig. Danach ist wenigstens beim entgangenen Gewinne, — im Gegensatz zum damnum emergens — erforderlich, daß derselbe mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, d. h. derzeit schon erwartet werden konnte, als das zum Schadensersatz verpflichtende Faktum eintrat. Also derjenige Gewinn, von dem man nachträglich vielleicht sogar mit absoluter Gewißheit feststellen kann, daß er gemacht sein würde, von dem man aber solches seiner Zeit nicht erwarten konnte, scheidet aus. Z. B. wenn Jemand Auftrag gegeben hat, ihm ein bestimmtes Loos zu kaufen oder zu erneuern und der Beauftragte versäumt dies und später fällt auf dasselbe der größte Gewinn, so wird man schwerlich sagen können, dieser Gewinn sei mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen, und doch steht absolut fest, daß er bei Besitz des Looses gemacht worden wäre. Oder in einem Testamente wird Demjenigen eine große Summe vermacht, der beim Tode des Erblassers sich im faktischen Besitze eines bestimmten Gegenstandes befindet. Dieser Gegenstand ist aber wenige Tage vor Errichtung des Testaments widerrechtlich von einem Dritten zerstört und dadurch entgeht dem früheren Eigenthümer ein sonst sicher gemachter Gewinn.

Eben deshalb irren die Motive auch, wenn sie die Sache so darstellen, als ob das Alinea 2 des § 218 ein minus gegenüber der „vollen Gewißheit, der Gewinn würde gezogen sein" fordert. Das Alinea 2 fordert durch das Imperfektum „konnte" und die Zusätze „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ꝛc." ein Mehreres, und schränkt dadurch die Forderung entgangenen Gewinns im Wesentlichen auf den entgangenen unmittelbaren Gewinn ein.

Eine solche Unterscheidung zwischen dem entstandenen Schaden, — der unbeschränkt — und dem entgangenen Gewinn, — der nur mit Einschränkungen ersetzt werden soll, mag durchaus zu billigen sein; man wird nur, wie bemerkt, um späteren Zweifeln, die sich auf die Motive stützen könnten, zu begegnen, sich von vornherein über die Tragweite des § 218 klar werden müssen.

IV.

Wenn der § 228 vorschreibt:

„Der Schuldner ist zu Theilleistungen nicht berechtigt",

so möchte es sich doch mit Rücksicht auf die etwaigen entgegenstehenden Intentionen der Parteien empfehlen, vor „nicht berechtigt" ein „in Zweifel" einzuschalten. Daß die Vorschrift des § 228 ausnahmslos und rigoros angewendet, leicht zu Härten führen könnte, wird schwerlich Jemand verkennen. Der Verfasser dieses Aufsatzes entsinnt sich eines in dieser Beziehung recht lehrreichen Rechtsfalles. Ein Handlungshaus hatte von einer Westfälischen Zeche ein sehr bedeutendes Quantum Kohlen, 120 000 Centner, gekauft. Als die Kohlenpreise — der Fall spielte bald nach dem Krach —, stark sanken, weigerte sich die kaufende Firma unter allerlei Vorwänden, den Kontrakt anzuerkennen und zu erfüllen, wurde aber zur Zahlung — gegen Lieferung der Kohlen — verurtheilt. Da griff es, in der Exekutionsinstanz, zu dem Mittel, die gleichzeitige Lieferung des gesammten Kohlenquantums zu fordern. Die Verkäuferin wendete ein, daß der Bahnhof des Orts, wohin die Zeche zu liefern übernommen hatte, gar nicht ausreiche, um gleichzeitig die zum Transport von 120 000 Centnern Kohlen erforderlichen 600 Waggons zu fassen, und wurde gerichtsseitig eine Beweiserhebung über die Richtigkeit dieser Behauptung angeordnet und der Käufer für den Fall ihrer Bestätigung zur Annahme von Theillieferungen für verpflichtet erklärt. Der Fall zeigt, daß der Satz des § 228 so unbedingt nicht durchzuführen ist

und die Motive selbst machen denn auch zu den Worten des Gesetzestextes noch folgenden einschränkenden Zusatz:

„vorausgesetzt, daß nicht nach dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses Theilleistung geboten oder zulässig ist. Letzterenfalls, z. B. wenn nach Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes eine Leistung in Absätzen erforderlich ist, wäre die Theilleistung obligationsmäßig."

Allein entweder soll damit nur gesagt sein, daß, wenn nach den ausdrücklichen Abmachungen der Betheiligten eine Theilzahlung zulässig oder gar nothwendig sei, der § 228 cessire; dann durfte man, da dies selbstverständlich, allerdings einen bezüglichen Zusatz zu § 228 fortlassen, wird aber zu unbilligen Konsequenzen gelangen. Oder es soll die Zulässigkeit der Theilleistung auch aus anderen Umständen als eine von den Parteien gewollte, ihrem „muthmaßlichen Willen" — cfr. § 229 des Entwurfs — entsprechende gefolgert werden können, dann war es nothwendig, diesem Gedanken im Texte des Gesetzes — etwa in der von mir angedeuteten Fassung — Ausdruck zu geben.

V.

Der § 255 läßt, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu versetzen, eine Verbalofferte genügen,

„wenn der Gläubiger, damit die Leistung beginnen kann, vorher eine Handlung vorzunehmen hat."

Schwerlich würde wohl Jemand, wenn er nicht in den Motiven läse, daß hierunter auch der Fall der „Holschuld" mitbegriffen sein soll, dies aus den Texteswörten herauslesen. Daß ich mich in eine Droschke setze und zum Schuldner fahre oder einen legitimirten Vertreter sende, nennt man doch nicht „eine Handlung vornehmen".

Weshalb nicht die wenigen Worte „oder seinerseits die Leistung abzuholen bezw. am Erfüllungsorte entgegenzunehmen" hinter „vornehmen" einschalten?

Es ist eine unweise Sparsamkeit, einige wenige Worte fortzulassen, wenn dadurch der Leser des Gesetzes gezwungen wird, nun an ihrer Stelle eben so viele Zeilen in den Motiven zu lesen, nachdem er sie zuvor erst mühsam aufgesucht und glücklich gefunden.

VI.

Der § 279 legte die Kosten der öffentlichen Hinterlegung eines Schuldgegenstandes dem Gläubiger auf. Mit Grund, wenn dieser

im Annahmeverzuge, wenn er die Schuld trägt, daß die Leistung nicht an ihn erfolgt; ohne Grund in allen anderen Fällen. Weshalb soll z. B. der Gläubiger auch dann die Kosten der Hinterlegung tragen, wenn er gern die Schuld angenommen hätte, auch sich nicht etwa entfernt hielt, wenn aber der Schuldner, oder etwa sein Erbe — bei dem solches eher denkbar — in Folge irgend einer unglücklichen Verkettung von Umständen den Gläubiger nicht kennt oder den richtigen Gläubiger nicht herauszufinden vermag. Dann den Gläubiger die Kosten tragen zu lassen, entspricht allerdings einer Rechtsanschauung, die sich wie ein rother Faden durch das ganze bürgerliche Gesetzbuch zieht, die der Verfasser dieses aber nicht zu billigen vermag, der Anschauung nämlich, daß bei einer Verletzung objektiver Rechte ohne subjektives Verschulden des Verletzenden nicht dieser, sondern der Verletzte den Schaden tragen und behalten müsse. Dieser Anschauung zu Gefallen hat man den Eigenthümer bei widerrechtlicher Störung in seinem Eigenthum nur einen unbedingten Anspruch auf Unterlassung fernerer Störung und einen Anspruch auf Schadensersatz nur unter Voraussetzung fahrlässigen Handelns gegeben (cfr. §§ 943 und 704 ff.). Dieser Auffassung zu Gefallen stellt man in § 224 an die Spitze der Regeln über die Verpflichtung zur Leistung den Satz, daß man wegen fahrlässiger Nichterfüllung hafte, nicht den Satz, daß nur kasuelle objektive Unmöglichkeit (§ 237) frei mache. Dieser Anschauung zu Liebe hat man auch die culpata mora wieder eingeführt und fordert zum Eintritt des Verzuges, daß der Schuldner sich nicht in einem entschuldbaren Irrthum hinsichtlich des Schuldverhältnisses befindet.

Schon früher habe ich in dem Bödiker'schen Magazin für das Deutsche Recht d. G. B. IV in einem Aufsatze über die a. negatoria darzuthun gesucht, daß diese Auffassung eine unrichtige sei. Wenn jemand auch ohne Verschulden eine Pflicht gar nicht, oder nicht gehörig oder nicht zur rechten Zeit erfüllt, so muß er für das Interesse haftbar sein, wenn nicht eingetretene objektive kasuelle Unmöglichkeit seine Hände band. Ueberhaupt wer irgend ein objektives Recht verletzt, muß — de lege ferenda — haften, mochte er den Schuldner vorhersehen können oder nicht und mochte er das Recht kennen oder nicht. Wo ein Schaden entsteht ohne Verletzung eines objektiven Rechts — z. B. ich stehe an einer Straßenecke und halte meinen Schirm fahrlässig so, daß jemand daraufrennend sich beschädigt — da liegt eben in der Fahrlässigkeit allein der Grund des Schadens-

anspruches, und da setzt deshalb dieser — der Ersatzanspruch — jene — die Fahrlässigkeit — nothwendig voraus. Wenn aber durch Verletzung eines objektiven Rechts ein Nachtheil entsteht, so fragt sich nur, wer soll den Schaden tragen. Der Verletzende? Oder der Verletzte? Zu Gunsten jenes macht man, wo keine böse Absicht oder Fahrlässigkeit vorliegt, geltend, daß ihn doch kein Verschulden treffe. Als ob sich nicht dasselbe vom Verletzten sagen ließe. Aus dem Begriffe des Rechts folgt schon an sich, daß ich für seine Verletzung muß Sühne fordern können, und hiervon eine Ausnahme zu statuiren, liegt kein Grund vor, wenn beide Theile gleich frei von Verschulden sind. Wie man aber beim Prozesse denjenigen die Kosten — mit und ohne Verschulden — tragen läßt, der Unrecht, objektiv Unrecht hat und dadurch jemanden, der sich sonst mit seiner bona fides ausreden möchte, zwingt, erst noch einmal reiflich nachzudenken, ehe er zu prozessiren beginnt, so wird auch nichts besser Rechtsverletzungen verhüten, als wenn der Verletzende unbedingt für sie aufzukommen hat. Wenn der Schuldner sich nicht ausreden kann, er habe das Schuldverhältniß nicht gekannt, wird er viel scharfsichtiger in Bezug auf seine Verpflichtungen werden, und wenn derjenige, der deponirt, weil er über die Person des Schuldners ungewiß ist, die dadurch entstehenden Kosten tragen muß, so wird er sich gewiß erst Mühe geben, denselben zu entdecken. Ist ihm solches wirklich unmöglich, so ist die durch die Deposition zu erfolgende Befreiung von seiner Schuld mit der Tragung der Kosten nicht zu theuer erkauft.

VII.

Den zweiten Satz des § 282:

> „Die unter Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegebene Aufrechnungserklärung ist unwirksam"

— in welchem das Wort „Beifügung" eben so gut fehlen könnte — rechtfertigen die Motive mit folgender Erwägung:

> „Die Aufrechnungserklärung verträgt ihrem juristischen Wesen nach keine Bedingung oder Zeitbestimmung; eine bedingte oder betagte Aufrechnungserklärung wäre rechtlich wirkungslos, demgemäß so anzusehen, als ob überhaupt keine Erklärung erfolgt wäre (§ 282 Abs. 2). Die Aufrechnung bewirkt eine durch eine gesetzlich zulässige Art der Befriedigung des Gläubigers eintretende Erlöschung der Forderung. So gewiß aber der Gläubiger eine bedingte oder betagte Zahlung

ablehnen kann, so wenig braucht er sich eine bedingte oder betagte Aufrechnung gefallen zu lassen."

Diese Erwägung dürfte aber nur rechtfertigen, dem anderen Theile die Zurückweisung einer derartigen Aufrechnung zu gestatten. Weshalb soll, wenn der Gläubiger einverstanden ist, ein Schuldner nicht zu ihm kommen dürfen und sagen: „Hier sind 100 Thlr.; vielleicht bedarf ich ihrer morgen anderweit, dann gestatte mir, sie wiederabzuholen; komme ich nicht, so sollen sie eine Zahlung auf meine Darlehnsschuld sein." Weshalb soll nicht auch ein Gläubiger, der zugleich Schuldner des anderen Theils ist, zu diesem sagen dürfen: „Ich wollte gern meine Forderung an Dich zum Betrage von 1000 Mark voll und ganz behalten, und hoffe, die 121 Mark, welche ich Dir schulde, Dir morgen aus einer erwarteten Einnahme zahlen zu können; wo nicht, so sollen die 121 Mark auf die 1000 Mark abgerechnet sein". Es empfiehlt sich also für „ist unwirksam" zu sagen: „kann von dem anderen Theile abgelehnt werden". Jedenfalls muß daneben zulässig sein, und soll es auch vielleicht nach dem Entwurfe schon sein, die unbedingte Erklärung der Aufrechnung mit einer bedingten oder betagten Schuld. Dafür, daß es unzulässig sein sollte, meinem Gläubiger schon heute zu erklären, eine morgen fällig werdende Schuld solle aufgerechnet werden, ist doch kein vernünftiger Grund einzusehen. Selbstverständlich kann auch hier der andere Theil, das Wirksamwerden einer solchen Erklärung dadurch hindern, daß er schon heute sein Geld von mir einzieht. Fordert er solches aber gar nicht, so wäre es doch in der That ein nutzloser Formalismus, zu verlangen, daß die heute abgegebene Erklärung morgen, nach Fälligkeit, nochmals wiederholt wird.

VIII.

Der § 284 bestimmt:

„Hat der eine oder der andere Gläubiger mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so steht dem aufrechnenden Gläubiger die Wahl unter den Forderungen zu, welche durch die Aufrechnung erlöschen sollen. Ist die Aufrechnung ohne die Wahl erklärt, so finden die Vorschriften des § 267 Abs. 2 entsprechende Anwendung"

und die Motive bemerken hierzu:

„Eine andere in Theorie und Praxis viel erörterte Frage, diejenige der Zulässigkeit der replica compensationis, kann

nach dem Entwurfe nicht zweifelhaft sein. Durch die Aufrechnungserklärung bringt der erklärende Theil die sich gegenüberstehenden Forderungen unmittelbar zum Erlöschen. Der andere Theil kann jene Replik nur insofern geltend machen, als er sich darauf beruft, daß ein entgegenstehender Kompensationsvertrag vorliege, oder daß er seinerseits zuvor durch Aufrechnung einer anderen ihm zustehenden Forderung gegen die vom Gegner zur Aufrechnung verwendete Forderung diese getilgt habe."

Danach wird man also in Zukunft eine Replik der Kompensation nur darauf stützen konnen, daß man früher schon anders aufrechnen zu wollen, ausdrücklich erklärt habe. Denn die Aufrechnung geschieht ja nur durch ausdrückliche Erklärung. Die Replik der Kompensation wird aber nicht, wie solches nach **richtiger** Auffassung des gemeinen Rechts — cfr. Windscheid Pandekten II § 349 i. f. — bisher zulässig war, schon darauf gestützt werden können, daß die einredeweise und die replicando verwertheten Forderungen älter sind als die eingeklagte, und eher einander kompensabel gegenüber standen.

Diese im Entwurf gegebene, eine alte Streitfrage entscheidende Bestimmung schließt zwar jeden Zweifel aus, ist aber nicht konsequent und gerecht. Dem vom Entwurfe adoptirten Prinzipe der Zurückziehung der Folgen der Kompensationserklärung und der Billigkeit hätte es besser entsprochen, dasjenige zum Gesetz zu erheben, was nach der Ansicht Windscheid's und anderer schon jetzt gemeinen Rechtens.

Durch die Zurückbeziehung der Folgen der Erklärung erkennt man an, daß schon das Gegenüberstehen zweier Forderungen eine Einrede begründet, deren Geltendmachung zwar in dem Willen der Betheiligten liegt, welche aber, wenn geltend gemacht, zwingt, die eine Forderung als vom Augenblicke des Entgegenstehens der zweiten ope exceptionis unwirksam anzusehen und zu behandeln. So kann man auch, wenn man, ohne zu kompensiren, eine Forderung zahlt, gegen welche man eine Gegenforderung hatte, nach gemeinem Recht nachträglich kommen und sagen: Die bezahlte Forderung wurde nicht geschuldet, war ein indebitum, schon damals ein indebitum, denn es stand ihr eine Kompensationseinrede gegenüber. In Konsequenz dieser Anschauung muß der Kläger, wenn der zur Einrede der Kompensation verwertheten Forderung die replicando verwerthete eher gegenüberstand, als die eingeklagte entstand, sagen können:

Du kannst nicht kompensiren; denn die Forderung, mit welcher Du kompensiren willst, ist werthlos, und war schon werthlos, als ich die eingeklagte Forderung erwarb.

Ein Beispiel aus der Praxis wird dies noch anschaulicher machen und zugleich lehren, welche Entscheidung der oberwähnten Streitfrage der Billigkeit am Besten entspricht.

Ein Kaufmann hat einem Dekorationsmaler Ende 1884 Kolonialwaaren geliefert, und, da derselbe ein schlechter Zahler, sich von ihm im Beginn des Jahres 1885 verschiedene Arbeiten machen lassen, welche den Betrag der Forderung decken, ohne besonders zu erklären, daß er kompensiren wolle. Im Jahre 1886 liefert er wiederum Waaren, — nehmen wir der Einfachheit wegen an für rund 100 Mark im Jahre 1884, wie 1886 — und verklagt den Empfänger nach verschiedenen vergeblichen Mahnungen im Jahre 1887 auf den Betrag der letzten Waarenforderung. Der Maler wendet ein, er habe eine Gegenforderung aus dem Jahre 1885, der Kaufmann replicirt, die werde ja aufgewogen durch eine 14 Tage vorher erfolgte Waarenlieferung de 1884. Soll diese Replik unzulässig sein? Soll der Kaufmann mit seiner Klage abgewiesen werden und gezwungen werden, neu zu klagen? Und wie, wenn nun etwa nach dem maßgebenden Landesrecht die Klage aus dem Jahre 1884 — wegen Ablaufs der zweijährigen Frist — verjährt sein würde? Zu einer Klage hatte der Kaufmann im Jahre 1885 und bis zur zweiten Lieferung im Jahre 1886 ja gar keinen Anlaß. Würde nicht jeder ehrliche und vernünftige Mensch sagen, die beiden ersten 100 Mark hoben sich auf, und die desfallsige Erklärung muß, wenn noch nicht erfolgt, jeden Augenblick nachgeholt werden können? Wenn es dem Schuldner gestattet sein soll, sich darauf zu berufen, daß diese Erklärung nicht schon früher ausdrücklich abgegeben sei, so heißt man damit ein Verfahren gut, welches unserem Rechtsgefühl entschieden widerstrebt. Lasse man ipso jure compensari, d. h. sehe man, wenn ein Theil erklärt, kompensiren zu wollen, die Sache so an, als sei die Kompensation schon von selbst eingetreten und komme es somit auf ihre Erklärung und den Zeitpunkt derselben gar nicht an. Dann haben sich die beiden älteren Forderungen, — von selbst bezw. vermöge der zu fingirenden oder zurückzuziehenden Erklärung des Klägers — schon eher aufgehoben, als die eingeklagte Forderung entstand und Beklagter überhaupt in die Lage kam, kompensiren zu können.

IX.

Der § 290 stellt dem vertragsmäßigen Erlaß einer Schuld die vertragsmäßige Anerkennung der Nichtexistenz einer Schuld gleich. Obwohl diese Gleichstellung vielleicht der Theorie Bähr's und anderer Rechtslehrer vom Anerkennungsvertrage entspricht, so dürfte sie doch vom praktischen Standpunkte aus in hohem Grade bedenklich sein. Es wird damit, — da beide, Erlaß und Anerkennung, vertragsmäßig sein müssen — die Anerkennung dem Erlaß gleichgestellt, und bleibt bei einem materiell unrichtigen Anerkenntnisse nur eine Kondiktion. Richtiger wäre es wohl gewesen, das vertragsmäßige Anerkenntniß nur als Beweismittel anzusehen, als ein Mittel zum vollen, jedoch widerlegbaren Beweise.

Die Anerkennung will in dubio nicht konstitutiv wirken, sondern nur das, was ist, feststellen; eben dadurch unterscheidet sie sich vom Verzicht. Wenn die Betheiligten ein Anerkenntniß abgeben, ist es willkürlich, hineinzuinterpretiren, daß nun eventuell auch verzichtet werden solle.

Die formale, volle Beweiskraft eines jeden einem anderen gegenüber abgegebenen Anerkenntnisses beruht, können wir sagen, auf einem Vertrage, dem Vertrage, das Anerkannte für wahr gelten lassen zu wollen, vorbehaltlich des Gegenbeweises. Ein jedes, oder doch fast jedes mit dem animus confitendi abgegebene Anerkenntniß einer Nichtschuld läßt sich somit unter § 290 bringen und dieser beseitigt somit gänzlich oder fast gänzlich die Möglichkeit eines vertragsmäßigen, lediglich den Beweis ersetzenden Anerkenntnisses, obwohl man gewiß nicht sagen kann, daß ein solches Anerkenntniß mit schwächerer Wirkung in unserem Rechtsleben durchaus überflüssig sei. Wozu gebrauchen denn die Interessenten, wenn sie damit ein und dasselbe bezeichnen wollen, im Rechtsverkehr zwei verschiedene Ausdrücke: „Ich erlasse die Schuld“ und „ich erkenne an u. s. w.“ Wollen sie aber damit, wie anzunehmen, etwas Verschiedenes bezeichnen, so ist es ungerecht und wird sich rächen, gesetzlich den Richter zu zwingen, ein und dasselbe darunter zu verstehen.

Zudem bleiben nach § 279 wichtige Fragen, und grade die praktischsten offen. Die Motive bemerken zu ihm pag. 116:

> „Eine Entscheidung der Frage, inwiefern eine Quittung als ein abstrakter Erlaßvertrag oder negativer Anerkennungsvertrag anzusehen ist, so daß dieselbe materiell

das Erlöschen des Schuldverhältnisses in gleicher Art, wie die Erfüllung, bewirkt, ist weder erforderlich noch räthlich."

Es ist oben schon darzulegen versucht, daß jedes dem anderen Theile gegenüber abgegebene, und von diesem ausdrücklich oder stillschweigend angenommene Anerkenntniß, also auch wohl das in der erbetenen bezw. entgegengenommenen Quittung enthaltene Anerkenntniß der Nichtschuld ein vertragsmäßiges ist, und also mit anderen Worten in jeder Quittung auch ein Erlaß zu finden sein würde. Es wird nicht immer, ja wohl in den seltensten Fällen möglich sein, dem Quittirenden mit Hülfe der Grundsätze über Bereicherung von den üblen Folgen dieser ihm aufoktroyirten Erlaßabsicht zu befreien, und es wird jede Quittung zum Fallstrick für den Quittirenden werden.

Will man aber mit den Motiven Unterschiede machen, und in der einfach zugesandten Quittung kein vertragsmäßiges Anerkenntniß finden, wohl aber eine Quittung, welche sich in einem Vertragsinstrumente findet u. s. w., so kommt man in jedem einzelnen Falle einer Quittungsertheilung in die größten, schwer zu lösendsten Zweifel und es wird oft rein von Zufälligkeiten, — z. B. der Gelegenheit, bei der eine Quittung ertheilt wird, ob der Schuldner selbst bei Abgabe der Quittung persönlich angetroffen wird u. s. w. —, abhängen, ob man die Quittung als eine vertragsmäßige ansieht und dem Quittirenden einen Schulderlaß imputirt oder nicht.

X.

Nach § 315 kann ein Gläubiger, welcher zu dem zwischen seinem bisherigen Schuldner und einem Dritten geschlossenen Schuldübernahmevertrage die Einwilligung versagt hat, diese Einwilligung nachträglich nur ertheilen, wenn er nochmals dazu aufgefordert wird.

Das Gesetz, wie die Motive pag. 144 i. f. lassen hier dunkel, ob die erneute Aufforderung von beiden Betheiligten, — Schuldner und Dritten —, ausgehen muß oder auch von einem derselben wirksam erlassen werden kann.

XI.

Der § 319 bestimmt:

„Uebernimmt Jemand durch Vertrag das ganze gegenwärtige Vermögen eines Anderen, so haftet er den Gläubigern des letzteren von der Schließung des Vertrages an für die zu

dieser Zeit vorhandenen Schulden, jedoch nicht über den Werth des Aktivvermögens hinaus und unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners. Wird das Aktivvermögen, bevor es dem Uebernehmer ausgefolgt ist, ohne dessen Verschulden vermindert, so haftet der Uebernehmer nicht über den Werth des übrig gebliebenen Vermögens hinaus.

Eine Vereinbarung, durch welche die im ersten Absatze vorgeschriebene Haftung ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nichtig.

Im Falle der Uebernahme nur eines Bruchtheils des Vermögens finden die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes entsprechende Anwendung."

Offenbar soll, wie auch die Motive erkennen lassen, die Haftung des Uebernehmers für die Schulden bis zum Betrage des Aktivvermögens auch Platz greifen, wenn jemand nur das gesammte Aktivvermögen, ohne die Schulden, erwirbt. Um dies anzudeuten, wird aber die Redaktion des § 319 eine bessere, vollständigere sein müssen. Denn wenn Absatz 2 bestimmt, daß die in Alinea 1 verordnete Haftung für Schulden nicht vertragsmäßig beseitigt oder gemindert werden könne, so ändert der Absatz 2 doch nichts an der Voraussetzung des Alinea 1 — der Uebernahme des ganzen Vermögens —; es soll ja nur an den Folgen nichts durch Vertrag geändert werden können. Die Lücke wird auch nicht ergänzt durch Alinea 3, denn die Uebernahme nur der Aktiva ist nicht Uebernahme eines Bruchtheils des Vermögens, einer Vermögensquote.

XII.

Die §§ 330, 331 und 333, welche bestimmen:

(§ 330.)

„Die dem Schuldner gegen einen Gesammtgläubiger zustehende Gegenforderung kann nicht den übrigen Gesammtgläubigern, die einem Gesammtschuldner gegen den Gläubiger zustehende Gegenforderung kann nicht von den übrigen Gesammtschuldnern aufgerechnet werden."

(§ 331.)

„Die zwischen dem Schuldner und einem Gesammtgläubiger erfolgte Aufrechnung wirkt auch gegen die übrigen Gesammtgläubiger, die zwischen einem Gesammtschuldner und dem

Gläubiger erfolgte Aufrechnung auch für die übrigen Gesammtschuldner."

(§ 333.)

„Die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person eines Gesammtgläubigers oder eines Gesammtschuldners wirkt nicht gegen die übrigen Gesammtgläubiger oder für die übrigen Gesammtgläubiger."

müssen im Zusammenhange betrachtet und besprochen werden. Sie enthalten in §§ 330 und 333 ein und denselben Fehler, den nämlich, daß man sich durch die anscheinende Gleichheit der Rechtslage hat bestimmen lassen, die gleichen Bestimmungen für den Fall der Correalgläubiger und Correalschuldner zu treffen. Was § 330 bestimmt, paßt nur für den Fall der correi debendi, nicht auch der correi credendi. Die Kompensation ist, wie auch das Wort schon besagt, eine beiderseitige Zahlung, bei der man sich nur das nutzlose Hin- und Herschieben des Geldes erspart. Der eine correus debendi kann sich nicht auf die Forderung des anderen correus kompensirend berufen. Er kann, wie die Motive ganz richtig bemerken, ja nicht das Geld des anderen correus für sich verwerthen, er kann nicht dessen Forderung einziehen, kann also auch nicht sagen: ich will die Forderung als eingezogen und den eingezogenen Betrag als Dir hiermit zurückgegeben ansehen. Anders bei den correi credendi. Während bei den correi debendi der nicht forderungsberechtigte dritte correus den Gläubiger und den eine Gegenforderung besitzenden correus debendi nicht zwingen kann, zu kompensiren, kann bei den correi credendi der gemeinsame Schuldner, welchem eine Gegenforderung gegen den correus A. zusteht, jeden Augenblick die Kompensation erzwingen. Er geht zu A. und erklärt, er rechne auf. Dann können nach § 331 die anderen correi credendi nichts mehr fordern. Soll es nun einen Unterschied machen, ob der Schuldner, wenn er den correus B. kommen sieht, noch rasch hinüberläuft zu A. und seine Kompensationserklärung abgiebt oder ob er etwa A. nicht zu Hause trifft. Und wenn B. eher kommt, hat der Schuldner nicht immer — wie nach gemeinem Recht — noch die Befugniß an den correus A. zu zahlen und somit auch zu kompensiren?

Bei den mehreren correi debendi hat der Gläubiger den Vorzug, sich seinen Schuldner wählen zu können. Er wird also — wenn er grade baares Geld braucht — sich denjenigen correus auswählen, der keine Gegenforderung besitzt, ohne daß dieser es hindern kann; bei

den mehreren correi credendi wird sich der Schuldner, wenn er eine Gegenforderung besitzt, denjenigen, um an ihn zu zahlen, wählen, der ihm wieder schuldet, bei dem er somit baares Geld gar nicht gebraucht, um Zahlung zu leisten und Rückzahlung zu empfangen, um zu kompensiren. Daher der Unterschied.

Diesem Unterschied hätte der Entwurf auch Rechnung tragen sollen in § 333. Die confusio — die Vereinigung der Person des Gläubigers und Schuldners — ist am Richtigsten als eine Zahlung an sich selbst aufzufassen. Wenn ein correus debendi A. von dem Gläubiger beerbt wird, so nimmt der Gläubiger nicht das Geld von sich selbst, vielmehr lieber von einem der anderen correi debendi. Müßte er das Geld als von sich selbst an sich gezahlt ansehen, so hätte er, während die Mithaftung von A. neben den übrigen correi debendi zu seinem Vortheil festgesetzt ist und gereichen soll, davon Schaden, daß auch A. ihm haftete. Er geht also nicht an den Nachlaß des A. und macht sich nicht aus diesem bezahlt, steckt nicht aus der einen Tasche das Geld in die andere, läßt vielmehr den Nachlaß unangerührt und hält sich an B. oder C., wie ihm dies freisteht.

Wenn aber ein correus credendi den gemeinsamen Schuldner beerbt, so wird er natürlich lieber, als an einen Dritten, an sich selbst zahlen. Er ist auch in der Lage, den anderen correi credendi zuvorzukommen und nimmt schleunigst aus dem Nachlasse das Geld. Kommen die anderen, so sagt er: ich habe bereits an mich bezahlt. Da der Akt der Selbstzahlung kein äußerlicher, vielmehr rein innerlicher ist, genügt diese seine Erklärung. Mit anderen Worten, eine die Zahlung ersetzende für die übrigen correi wirkende confusio muß man da eintreten lassen, wo derjenige, der beide vereinigte Vermögen in der Hand hat, Zahlung aus dem einen in das andere leisten würde, wenn eine äußerlich sich vollziehende Zahlung noch denkbar und nicht nur eine Form wäre; die confusio mit Wirkung für die übrigen correi darf da nicht eintreten, wo die Annahme einer erfolgten Zahlung aus dem einen in das andere Vermögen der Intention des Inhabers leider widerspricht.

Dies dürfte, trotz Vangerow, Savigny und Windscheid, nach richtiger Auffassung, auch bereits geltendes gemeines Recht sein und jedenfalls ist Angesichts von Arndts Pandekten § 273 Anm. 1 nicht recht verständlich, wie die Motive pag. 166 behaupten können:

„. . . . es beschränkt sich daher die Wirkung der Konfusion auf denjenigen Gesammtschuldner oder Gesammtgläubiger, in

dessen Person sie erfolgt ist. Dies ist im geltenden Rechte allerseits anerkannt ...."

Auch Fitting ist der vorstehend vertheidigten Ansicht. Wenn Windscheid gegen Fitting einwendet, daß eine Selbstwahl des Correalgläubigers, in dessen Person sie confusio eingetreten, nicht möglich sei, weil in Folge der confusio der Correalgläubiger nicht mehr sein eigener Gläubiger bezw. Schuldner sei, so dürfte solches, — bei allem Respekt vor der Autorität Windscheids —, nur eine Redewendung, kein sachlicher Gegengrund sein.

Wenn nach eingetretener confusio das Recht, eine Obligation nicht mehr anerkennt, so ist damit die Frage doch noch nicht entschieden, ob wir ihre Nichtexistenz auf eine Selbstzahlung oder lediglich auf die Unmöglichkeit, daß eine Person die Gläubiger- und Schuldnerrolle bekleide, zurückführen sollen. Außerdem, weshalb erkennt denn das Recht die Vereinigung beider Rollen in einer Person nicht an? Weil es Aufgabe des Rechts ist, die Verhältnisse der Menschen zu einander zu regeln. Eben deshalb bekümmert sich das Recht nicht um die Moral, — sofern Dritte nicht verletzt werden — und eben deshalb sagt das Recht, sobald jemand sein eigener Schuldner geworden: Mache das mit Dir selbst aus; für mich hat das Schuldverhältniß aufgehört zu existiren. Das schließt aber keineswegs aus, daß im Verhältniß zu Dritten doch wieder die Coexistenz von Forderung und Schuld in derselben Person wirksam wird. Denn da fällt eben der Grund, weshalb nach geschehener confusio sich das Recht um das Schuldverhältniß nicht mehr bekümmert, weg. So kann auch niemand ein Pfandrecht an seiner eigenen Sache haben und doch kann es wirksam bleiben im Verhältniß zu Dritten. Ein anderes Beispiel macht vielleicht noch deutlicher, was ich mit diesen Bemerkungen sagen will.

Nemini res sua servit. Man hat nun wohl gefragt, kann der Gutsherr, der Obereigenthümer, eine Servitut an dem Grundstück seines Meiers haben? Gewiß. Jener römische Satz sagt nichts anderes als: Es hat keinen praktischen Werth, bei dem Eigenthümer, dem alle Befugnisse zustehen, noch besondere servitutische Rechte anzunehmen. Es ist einfacher, denn schlechtweg vom Eigenthum zu sprechen, grade so, wie man für A — b + b einfacher A sagt. Wenn aber von A, dem Eigenthum, abgetrennt ist B, das Untereigenthum, und hinzugefügt wird b, die Servitut, so kann man nicht B und b gegeneinander aufheben. Der Satz: Res propria nemini servit ist

nicht dazu da, um praktische Konsequenzen daraus zu ziehen, vielmehr nur, um etwas Selbstverständliches zu formuliren; er cessirt, so weit jener Satz mehr sagt oder zu sagen scheint, als selbstverständlich. So zieht auch die römisch-rechtliche Lehre von der confusio, — welche die Quellen ausdrücklich mit einer Zahlung vergleichen, — nur ohnehin selbstverständliche Konsequenzen und bringt diese in eine Formel. Es würde aber unrichtig sein, aus dieser Formel nun in zweifelhaften Fragen die Entscheidung herleiten zu wollen und zwar eine Entscheidung, welche, wie Arndts zutreffend ausführt, der Billigkeit durchaus widerspricht.

Das Recht der Schuldverhältnisse im Allgemeinen, verglichen mit den treffenden Bestimmungen des code civil.

Von Rechtsanwalt Gebhart in Zweibrücken.

Der code civil behandelt den hier einschlägigen Stoff in den Art. 1101—1314 unter dem Titel „des contrats ou des obligations conventionelles en général“.

Der französische Gesetzgeber hat in diesem Titel Alles zusammengeworfen — Erfordernisse der Giltigkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt, Bestimmungen über Schuldverhältnisse im Allgemeinen und solche speziell über Verträge. —

Der Entwurf hat logisch geschieden und im 1. Abschnitt des 2. Buches die allen Schuldverhältnissen, gleichgiltig, welches ihre Grundlage ist, gemeinsamen Grundsätze und erst in den weiteren Abschnitten die auf die verschiedenen Arten von Schuldverhältnissen bezüglichen Vorschriften aufgeführt, während die Erfordernisse der Rechtsgeschäfte überhaupt schon im 4. Abschnitte des 1. Buches enthalten sind.

Uebereinstimmend mit dem code civil behandelt der Entwurf die sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten nicht im Allgemeinen; aber nach den Motiven S. 3 will der Entwurf überhaupt die unvollkommene Obligation reprobiren, indem er unter Schuldverhältniß grundsätzlich nur „die klagbare Obligation“ verstanden haben will, und eine unvollkommene Obligation nur insoferne anerkennt, als durch positive Bestimmungen eine Obligation, welche nach allgemeinen Grundsätzen begründet sein würde, nur in unvollkommener Weise zur Geltung kommt. Diese Fälle sind am angeführten Orte der Motive aufgestellt. —

Die Praxis kann dieses Vorgehen des Entwurfes nur begrüßen; die französische Doktrin hat den Begriff der natürlichen Obligation weit gefaßt; im Einzelnen war Streit über die darunter zu fassenden Fälle; auch war man nicht einig, ob ein Erfüllungsversprechen die naturalis obligatio klagbar mache; während die Praxis in Frankreich sich dafür aussprach, hat das Reichsgericht wiederholt das Gegentheil erkannt.

Der erste Titel behandelt „den Gegenstand der Schuldverhältnisse" d. h. die Handlung, zu welcher das Forderungsrecht des Gläubigers den Schuldner verpflichtet. Nach dem Vorgange Windscheid's nennt der Entwurf diesen Gegenstand „Leistung", welche ein Thun oder Unterlassen sein kann. Der Art. 1126 c. c. hat die alte Dreitheilung, insoferne er noch „das Geben" besonders aufführt; diese Art der Leistung ist im „Thun" enthalten. Allgemeine Vorschriften über die erforderliche Beschaffenheit der Leistung, wie sie der code civil in den Art. 1127—1130 giebt, enthält der Entwurf nicht, und zwar nach den Motiven deshalb nicht, weil die speziellen Vorschriften für Verträge 2c. genügend sind und auf gesetzliche Obligationen solche allgemeine Vorschriften überhaupt nicht passen. (Motive S. 6.)

Wichtig ist, daß der Entwurf sich grundsätzlich auf den Standpunkt stellt, daß kein vermögensrechtliches Interesse zum Wesen der Obligation gehöre.

Diesen Standpunkt vertritt bekanntlich Windscheid im Gegensatze zur früher herrschenden Meinung des gemeinen Rechtes; die französische Rechtsprechung und Doktrin hat ihn namentlich für das Gebiet der Schadenersatzleistung anerkannt.

Die neuere Rechtsentwicklung drängt zur Anerkennung dieses Grundsatzes, daß auch ein anderes schutzwürdige Interesse des Gläubigers zu schützen sei. —

Als ein Beispiel führt Windscheid an:

> Ich lasse mir von meinem Nachbarn versprechen, daß derselbe während meiner Arbeiten das Klavierspielen unterlasse. —

Die §§ 207—212 behandeln die sogenannte alternative Obligation (code civil Art. 1189—1196).

Während der code civil nach Art. 1189 c. c. die Konzentration erst mit der Leistung des einen Inhaltes und erst vom Zeitpunkte derselben eintreten läßt, tritt dieselbe nach dem Entwurfe mit der Erklärung der Wahl und zwar mit Rückwirkung auf die Zeit

der Begründung ein. Diese Bestimmung entspricht der modernen Rechtsentwicklung und den Bedürfnissen des Verkehres.

Entgegen der herrschenden Meinung giebt § 210 dem Schuldner sogar noch im Exekutionsstadium das Wahlrecht. Die gegentheilige Anschauung, daß durch Einleitung der Exekution die Obligation sich konzentrire, ist vom praktischen Standpunkt aus vorzuziehen; hat der Schuldner es, ohne sein Wahlrecht auszuüben, bis zur Exekution kommen lassen, so muß ein Verzicht auf dasselbe angenommen werden.

§ 211 läßt die Konzentration eintreten, wenn ein Leistungsinhalt ohne Schuld des Schuldners unmöglich ist oder wird, wie Art. 1193 c. c., konsequenter Weise wird der Schuldner ganz liberirt, wenn sämmtliche Leistungen ohne seine Schuld unmöglich werden; sind sie dies schon von Anfang, ist das Schuldverhältniß nichtig (§§ 343 und 344; Art. 1195 c. c.).

Vorschriften über die verschiedenen Fälle, wenn eine oder einige Leistungen durch ein Verschulden des Schuldners oder Gläubigers, oder wenn die eine durch Verschulden, die andere durch Zufall unmöglich wird (code civil Art. 1193 und 1194 c. c.), giebt der Entwurf nicht, sondern regelt diese Fragen im 2. Absatze des § 211 nach den „allgemeinen Vorschriften über das Verschulden".

Wenn der Gesetzgeber alle diese einzelnen Fälle regeln wollte, müßten kasuistische Bestimmungen getroffen werden, welche den Gegenstand doch kaum erschöpfen dürften, wie auch die Bestimmungen des französischen Rechts nicht als mustergiltig angesehen werden können.

Die §§ 213 und 214 behandeln die sogenannte „generische Obligation". Der code civil trifft hierüber nur im Art. 1246 c. c. unter dem Titel der Zahlung die Bestimmung, daß der Schuldner nicht die beste, aber auch nicht die schlechteste Gattung zu wählen hat. Anschließend an diese Bestimmung und Art. 335 des H. G. B. verpflichtet der Entwurf den Schuldner zur Auswahl einer Sache „von mittlerer Art und Güte". Nach § 214 tritt die Konzentration hier erst mit der Uebergabe der ausgewählten Sache und nicht mit rückwirkender Kraft ein, soferne nicht wie im Falle des § 257, Abs. 2 (Annahmeverzug des Gläubigers) oder § 465 (Uebersendung der gekauften Sache an einen andern als den Erfüllungsort) die Gefahr schon früher auf den Gläubiger übergegangen ist.

Mit § 215 geht der Entwurf, auch hier Windscheid folgend, auf einige besondere Gegenstände von Forderungsrechten über und zwar zunächst auf die „Geldleistung", welche der code civil nur in

Art. 1895 c. c. beim Darlehnsvertrag berührt. Auf dem Boden des durch die Reichsmünzgesetzgebung (Reichsgesetze vom 16. Juni 1870, 30. April 1874, 13. Juli 1875 und 14. März 1875) eingeführten gesetzlichen Währungssystemes ist nur für wenige besondere Vorschriften Bedürfniß gegeben; die Vorschrift, daß auch eine in ausländischer Währung ausgedrückte im Inlande zahlbare Schuld in Reichswährung nach dem Courswerthe am Orte der Zahlung zu leisten ist, ist entsprechend auch auf den Fall anzuwenden, daß nach besonderer Verabredung eine in Reichswährung ausgedrückte Schuld in ausländischer Währung zu zahlen sei. Nach § 216 ist die Bestimmung, daß eine Geldschuld in bestimmten Münzsorten gezahlt werden solle, zulässig; sind dieselben zur Zeit der Zahlung überhaupt nicht mehr in Umlauf, so gilt die Bestimmung als non scripta.

Diese Bestimmungen sind zweckentsprechend.

Wie die Motive S. 14 ausführen, wollte der Entwurf den Fall, daß nach dem Inhalt eines Schuldverhältnisses eine gewisse Quantität einer bestimmten Geldsorte zu liefern sei, nicht besonders regeln, sondern sieht ein solches Schuldverhältniß als ein „generisches“ an, das nach den hierfür geltenden Bestimmungen zu beurtheilen ist.

In § 217 wird übereinstimmend mit dem französischen Rechte die Höhe des gesetzlichen Zinsfußes auf 5 % normirt und der Grundsatz anerkannt, daß Zinsverpflichtung sich nie von selbst versteht. In den §§ 218—223 wird die Verpflichtung zur Leistung des Interesse oder Schaden geregelt; (code civil Art. 1146 sequ. und für außervertragliche Verhältnisse Art. 1382 sequ.).

In Uebereinstimmung mit dem code civil ist sowohl erlittene Vermögenseinbuße, wie auch entgangener Gewinn zu ersetzen; dagegen geht der Entwurf weiter als die Art. 1150 und 1151 c. c., der Schadenersatzpflichtige hat nicht blos den voraussehbaren Schaden zu ersetzen und haftet auch für mittelbar eingetretenen Schaden.

Nach dem vom Entwurfe adoptirten Grundsatze, daß der Umfang des eingetretenen Schadens den Umfang des zu leistenden Ersatzes bestimme, sind diese Bestimmungen selbstverständlich und vom Standpunkte der Praxis aus zu begrüßen, da die gegentheiligen einschränkenden Bestimmungen der Art. 1150—1151 c. c. nur zu unsicheren Resultaten führen.

Nur bezüglich des entgangenen Gewinnes trifft Abs. 2 des § 218 die praktische Bestimmung, daß die Wahrscheinlichkeit, der Be-

schädigte würde den Gewinn erlangt haben, genügend und nothwendig sei. § 219 spricht das Princip der Wiederherstellungspflicht aus, und giebt nur für den Fall der Unausführbarkeit der Wiederherstellung, ein Recht, Geldentschädigung zu begehren, während nach französischem Rechte in der Regel Geldentschädigung zuzubilligen ist und Art. 1143 und 1144 c. c. nur Ausnahmen hiervon bilden.

Wenn auch die Bestimmung des Entwurfes „die Rechtslogik" für sich hat, so ist doch praktischer, die Geldentschädigung als Regel der Art der Schadenersatzleistung aufzustellen; denn in den meisten Fällen wird die Wiederherstellung unmöglich, ungenügend oder verspätet sein.

Nach dem Entwurfe wird der Gläubiger statt eines zwei Prozesse zu führen haben; im ersten wird er die Schadenersatzverpflichtung und Ausspruch zur Wiederherstellung feststellen lassen und im zweiten dann die Geldentschädigung fordern, falls der Schuldner nicht wiederherstellt. § 223 gibt hiergegen auch kein genügendes Schutzmittel; denn die hier fingirte Unmöglichkeit der Restitution setzt immer ein rechtskräftiges zur Leistung verurtheilendes Erkenntniß voraus.

§ 220 spricht die Ersatzpflicht des „außerordentlichen Werthes" eines Gegenstandes, d. h. desjenigen, welcher in besonderen Verhältnissen des Gläubigers seine Grundlage hat, aus. Diese Bestimmung gilt nur für die Schadenersatzpflicht; wenn sonst das Gesetz Verpflichtung zum Werthersatz ausspricht, ist nur der gemeine Werth verstanden. Dagegen ist nach dem Entwurfe, wie nach französischem und gemeinem Rechte der Affectionswerth, welcher nur in subjectiven Stimmungen des Gläubigers begründet ist, nicht ersatzfähig.

§ 221 spricht den Grundsatz aus, daß wegen nicht vermögensrechtlichen Schadens nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen Entschädigung begehrt werden kann.

Obwohl der Entwurf das Prinzip anerkennt, daß zum Wesen eines Schuldverhältnisses vermögensrechtliches Interesse nicht gehöre, zieht er doch hieraus nicht die Konsequenz, daß bei Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses der Anspruch auf eine Ausgleichung durch Leistung einer Geldentschädigung zulässig sein solle. —

Nur bei einigen Deliktsansprüchen macht der Entwurf eine Ausnahme (§§ 726, 728, 734, 735 und 736: Körperverletzung, Freiheitsentziehung, sittliche Verbrechen gegen eine Frau, Schadenersatz, verursacht durch Thiere und Gebäude; Schadenzufügung durch Beamte). —

Die französische Praxis statuirte bei Deliktsklagen auch Entschädigungspflicht für „dommage morales“ oder „Verletzung gerechtfertigter Gefühle“ (Kränkung des Ehrgefühls, Erregung körperlicher oder seelischer Schmerzen).

Das Reichsgericht hat in seinem Urtheile vom 27. Juni 1882 zur gegentheiligen Anschauung sich bekannt, ohne daß seine Gründe durchschlagend oder überzeugend sind.

Der Entwurf trifft meines Erachtens das Richtige, indem er diese Ersatzpflicht nur auf solche Fälle beschränkt, welche ihrer Natur nach entweder körperliche Schmerzen verursachen, oder den Verletzten im Rechte der freien Verfügung über seine Person beeinträchtigen oder die weibliche Ehre auf's Tiefste angreifen.

Dieser Anspruch ist noch insoferne beschränkt, als er höchst persönlich ist; nur im Falle der vertragsmäßigen Anerkennung oder Rechtshängigkeit ist er vererbbar und übertragbar.

§ 222 regelt den Fall der culpa concurrens ganz in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der französischen Doktrin und Praxis.

§ 223 trifft eine dem französischen Rechte fremde Bestimmung, wonach bei Ansprüchen auf Herausgabe oder Restitution einer Sache der wegen Verlustes der Sache ersatzpflichtige Schuldner mit Leistung des Ersatzes von Rechtswegen in die dem Entschädigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche eingesetzt wird; wenn z. B. bei der Gebrauchsleihe der Entleiher für den Verlust der Sache dem Verleiher Entschädigung leisten müßte und hinterher wird die Sache aufgefunden, so kann der Entleiher kraft eigenen Rechts die dem Verleiher zustehenden Eigenthumsansprüche geltend machen. — Die Bestimmung erscheint gerecht und zweckmäßig, wenn sie auch praktisch nicht oft geltend gemacht werden kann.

Zweiter Titel.

Inhalt der Schuldverhältnisse.

I. Verpflichtung zur Leistung.

Der Inhalt der Schuldverhältnisse ist „der rechtliche Gehalt des Forderungsrechtes, die Macht, welche es dem Gläubiger gewährt“.

§ 224 trifft die Bestimmung, daß der Schuldner die ihm obliegende Leistung vollständig zu machen hat; hiernach hat der Schuldner auch die Kosten der Erfüllung zu tragen, welche Bestimmung Art. 1248 c. c. besonders bei der Zahlung betont. Die Bestimmung,

daß der Schuldner wegen jeder culpa haftet, entspricht dem französischen Rechte; Ausnahmen kennen nur §§ 442, 550 und 750; außerdem lassen §§ 633, 1279 und 1317 die Milderung der diligentia quam suis zu. Weiter enthält § 224 die selbstverständliche Bestimmung, daß, wer nicht deliktsfähig ist, auch seine obligatorischen Verpflichtungen nicht durch ein Handeln im juristischen Sinne verletzen kann, und daß der Vertretene für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters haftet.

Wichtig ist die weitere Bestimmung, daß der Schuldner wegen des Verschuldens aller Personen haftet, deren er sich zur Bewirkung seiner Leistung bedient. Hiermit schließt sich der Entwurf an die französisch-rechtlichen Bestimmungen für das Gebiet der Vertragsverhältnisse an; es kann nur begrüßt werden, daß diese im gemeinen Rechte so bestrittene Frage in einer dem Verkehre dienenden, praktischen Weise im Entwurfe geregelt wurde.

§ 225 verbietet, übereinstimmend mit dem französischen Rechte, die Erlassung der Haftung wegen dolus; aber nicht wegen culpa lata, entgegen dem gemeinen und französischen Rechte.

Letztere Bestimmung scheint mir praktischer. Es ist in einzelnen Fällen die Grenze zwischen beiden Begriffen schwer zu ziehen; auch spricht der nämliche Grundsatz der öffentlichen Ordnung gegen diese Begünstigung der culpa lata. Den Ausweg, welchen die Motive zu § 225, Alinea 2 letzter Satz, andeuten, führt nur zu unnöthigen Prozessen.

Ob das pactum ne dolus praestetur den ganzen Vertrag ungiltig macht, hat der Entwurf absichtlich nicht entschieden, sondern mit Recht von der Ermittelung der Absicht der Parteien, ob sie ohne dies pactum das ganze Rechtsgeschäft gewollt hätten, abhängig gemacht. —

Die §§ 226 und 227 entsprechen im Wesentlichen den Art. 1236 und 1237 c. c.

§ 228 erklärt übereinstimmend mit Art. 1244 c. c. den Schuldner nicht zu Theilleistungen berechtigt. —

Windscheid macht in § 342 Nr. 3 eine Ausnahme für den Fall, daß der Schuldner die Schuld theilweise zugesteht, theilweise leugnet.

Da nach § 273 C. P. O. in solchen Fällen der Gläubiger berechtigt ist, Theilurtheil zu erwirken, dürfte es doch der Gerechtigkeit entsprechen, daß ihn auch der Schuldner zur theilweisen Annahme zwingen kann.

Die Bestimmungen über den Ort der Leistung weichen von den Bestimmungen des Art. 1247 c. c. nur insofern ab, als Geldzahlungen immer Bringschulden sind; nur wenn der Gläubiger seinen ursprünglichen Wohnsitz verändert, hat er die Kosten der Uebersendung zu tragen.

Diese Vorschriften rechtfertigen sich nach der heutigen Verkehrssitte und der Bequemlichkeit der heutigen Geldsendungen von selbst.

Die Zeit der Erfüllung ist in § 231 conform dem Art. 1187 c. c. normirt.

Mit Recht hat der Entwurf vermieden, bestimmte Regeln für Auslegung unbestimmter Ausdrücke über die Zeit der Leistung (ehestens, sobald als thunlich 2c.) aufzustellen; über den Sinn hat die Verkehrsgewohnheit und die Absicht der Parteien im einzelnen Falle zu entscheiden.

§ 232 verbietet den Abzug des sogenannten interusurium und ist für französisch-rechtliche Juristen selbstverständlich.

II. Zurückbehaltungrecht.

Dies Recht ist im französischen Recht nicht als ein allgemeines Rechtsinstitut geregelt, sondern nur für einzelne Fälle gesetzlich anerkannt in den Art. 867, 1612, 1613, 1673, 1748 und 1948. —

In der Doktrin hat sich eine Kontroverse erhoben, ob es nur auf diese Fälle zu beschränken, oder nicht wenigstens auf alle Fälle des debitum cum re junctum auszudehnen sei, wofür Zachariae und Demolombe sich aussprechen. Aubry und Rau nehmen in § 256 bis einen vermittelnden Standpunkt ein.

Der Entwurf hat in den §§ 233—236 das Zurückbehaltungsrecht allgemein anerkannt für den Fall der Fälligkeit des Anspruches des Schuldners gegen den Gläubiger und der Konnexität zwischen Anspruch und Gegenanspruch; desgleichen ist es anerkannt bei einer Forderung auf Herausgabe eines Gegenstandes für alle Gegenansprüche aus Verwendung auf denselben oder aus Schadenersatzzufügungen durch denselben.

Auch beschränkt der Entwurf dieses Recht nicht blos auf die Zurückbehaltung fremder Sachen gegenüber dem Anspruche auf Herausgabe, auch Rechte, Handlungen, die eigenen Sachen, zu deren Verschaffung der Schuldner verpflichtet ist, können, falls nur Konnexität vorliegt, zurückgehalten werden. Durch § 234 ist ausgesprochen, daß, wenn der Schuldner zur Vorleistung verpflichtet ist, er das Re-

tentionsrecht nicht ausüben kann, daß jedoch jeder der in dem zur Zurückhaltung berechtigenden Verhältnisse stehenden Theile gegen den Anderen auf Erfüllung Zug um Zug klagen und nach Maßgabe des § 365 die Zwangsvollstreckung betreiben kann, so daß die Bestimmung des § 234, Satz 1 dem Schuldner günstiger ist, als die des Art. 313, Abs. 2 H. G. B.

Der Gläubiger kann endlich durch Sicherheitsleistung — Bürgschaft ausgenommen — das Zurückbehaltungsrecht abwenden.

§ 235 bestimmt, daß, wenn es sich um Herausgabe eines Gegenstandes handelt, welchen der Schuldner durch vorsätzliches Delikt (z. B. Diebstahl) erlangt hat, selbst bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 233 kein Zurückbehaltungsrecht besteht; endlich kann die Retentionseinrede gegenüber der Besitzklage nicht geltend gemacht werden, weil dieser gegenüber petitorische Einreden ausgeschlossen sind.

Allgemeine Bestimmungen über ein gewisses Maß von Diligenz, welches der Retinent zu prästiren habe, hat der Entwurf absichtlich nicht aufgenommen, sondern mit Recht in den Motiven in dieser Richtung auf das konkrete Rechtsverhältniß, kraft dessen er zur Leistung des Retentionsobjektes verbunden ist, überwiesen.

§ 236 dehnt endlich die Bestimmungen der §§ 234 und 235 auch auf diejenigen Fälle aus, in welchen das Gesetzbuch speziell ein Retentionsrecht gibt. (§§ 915, 936, 938, Abs. 2).

Diese allgemeine Bestimmungen des Entwurfes über Zurückbehaltungsrecht werden gegenüber dem code civil als ein wesentlicher Fortschritt aufgefaßt werden dürfen; sie dehnen dies Recht nicht zu weit aus und erschweren seine Geltendmachung nicht.

III. Unmöglichkeit der Leistung und Folgen der Nichtleistung.

Der Entwurf versteht unter Unmöglichkeit der Leistung nur die „objektive"; war diese zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden, ist dasselbe nichtig (§ 344). Tritt sie nach Entstehung ein, so befreit sie den Schuldner, wenn sie in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes dauernd unmöglich geworden ist. Diese Bestimmung entspricht dem französischen Rechte (Art. 1302 und 1148 c. c.). Nur geht der Entwurf weiter als die bestehenden Rechte, welche nur die „durch Zufall oder ohne Verschulden des Schuldners eingetretene Unmöglichkeit" den Schuldner liberiren

lassen. Da nämlich einerseits die Haftung des Schuldners über die Fahrlässigkeit hinaus bis zur Garantieübernahme gesteigert werden kann, anderseits der Schenkgeber nach § 442 und der Verleiher nach § 550 nur für dolus und culpa lata haften, erachtet der Entwurf durch die bisherigen Bestimmungen nicht alle Fälle für gedeckt und hat mit Recht einen allgemeinen Ausdruck gewählt.

Gegenüber der französischen Praxis bringt diese Ausdrucksweise keine Neuerung.

Der Absatz 2 läßt auch einen subjektiven Fall der Unmöglichkeit als befreiend gelten, wenn nämlich der Schuldner einen bestimmten Gegenstand zu leisten hatte, diese Leistung aber durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wurde; es deckt sich diese Bestimmung mit Art. 1302 Alinea 1 c. c.

§ 238 sanktionirt das auch in Art. 1303 c. c. gegebene „Surrogationsprinzip“.

§ 239 überbürdet in Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte (Art. 1302, 1147 c. c.) die Beweislast dem Schuldner.

§ 240 erklärt den Schuldner für entschädigungspflichtig, wenn in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes die Leistung unmöglich wurde.

Der Entwurf befindet sich hier in einem wesentlichen Gegensatz zum französischen Rechte; nach Art. 1142 c. c. löst sich jede Verbindlichkeit in Folge des bloßen Verzugs in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze auf; nach dem Entwurfe muß der Gläubiger auch die Unmöglichkeit der Erfüllung darthun, der bloße Verzug berechtigt ihn nur zum Verzugsinteresse.

Bezüglich der für die Werthsbestimmung maßgebenden Zeit hat sich der Entwurf auch nicht dem französischen Gesetze angeschlossen, welches die Zeit der Verzugsetzung als die ausschlaggebende bezeichnet, aber auch nicht den eigentlich nach Abs. 1 consequenten Zeitpunkt der eingetretenen Unmöglichkeit gewählt, sondern die Zeit der Leistungspflicht.

Die Bestimmungen des französischen Rechtes sind aus praktischen Gründen vorzuziehen. Die Verzugsetzung ist ein ganz bestimmter Moment; von diesem Zeitpunkt aus wird auch das Unterlassen der Leistung dem Gläubiger gegenüber erst schuldvoll. Die Motive erkennen auch die Berechtigung dieser Bestimmung an und glauben nur, daß sie für den Fall, daß die objektive Unmöglichkeit vor dem Verzuge eingetreten sei, nicht ausreichend sei.

Allein dieser seltene Fall dürfte nicht dazu führen, nunmehr einen Zeitpunkt als maßgebend zu erachten, in welchem die Voraussetzung der Schadenersatzpflicht, das subjektive Verschulden, noch nicht gegeben ist.

§ 241 bezeichnet als einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand „den entschuldbaren Irrthum"; also z. B. wenn Jemand aus Irrthum den Gegenstand der Leistung vernichtet.

Neu ist gegenüber dem code civil, daß nach § 146 auch der Rechtsirrthum im Sinne des Gesetzes entschuldbarer Irrthum sein kann; jedoch wird zu § 241 in den Motiven hingewiesen, daß bei Beurtheilung der Frage, ob entschuldbarer Rechtsirrthum vorliegt, nicht auf die konkreten Verhältnisse Rücksicht genommen werden darf, sondern auf den „absoluten Maßstab des § 146", so daß also, wenn ein Wissen- oder Kennenmüssen angenommen wird, der Rechtsirrthum nicht entschuldbar erklärt werden darf.

Es wäre vielleicht praktischer gewesen, den Rechtsirrthum überhaupt als nicht entschuldbar zu erklären; man hätte dann eine bestimmte positive, herkömmliche Vorschrift gehabt, während nach den Bestimmungen des Entwurfes gar manche Zweifel aufsteigen und unnöthige Prozesse erwachsen werden.

§ 242 giebt dem Gläubiger das Recht, bei theilweisem, schuldhaftem Unmöglichwerden der Leistung, unter Zurückgewährung des etwa empfangenen Theiles oder unter Ablehnung des noch möglichen Theiles Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu begehren, „sofern der nicht unmöglich gewordene Theil kein Interesse für ihn hat."

Durch diese letzten Vorschriften unterscheidet sich der Entwurf vom französischen Rechte; es erscheint aber unbillig und unlogisch, den Anspruch des Gläubigers an diese, von ihm zu beweisende Interesselosigkeit zu knüpfen.

Nach § 228 darf der Schuldner keine Theilleistungen machen; kann er in schuldhafter Weise überhaupt nur einen Theil leisten, so ist doch kein Grund, den Gläubiger schlechter zu stellen als im Falle der Schuldner Alles leisten könnte und nur Theilleistung machen will.

Das Recht des § 242 kann endlich nur ausgeübt werden, sofern die Rückgewähr des etwa schon gelieferten Theiles in nicht verschlechtertem Zustande möglich ist, und ist an die weiteren einschränkenden Bestimmungen der §§ 431 und 433 über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen geknüpft. —

§ 243 gibt im Hinblick auf § 778 C. P. O. eine Bestimmung, wonach der Gläubiger, wenn der Schuldner rechtskräftig zur Naturalleistung verurtheilt ist, ohne erst das Zwangsverfahren zu erschöpfen, sofort sein Interesse liquidiren kann; diese Vorschrift wird dem Gläubiger hauptsächlich dem renitenten Schuldner gegenüber zu Gute kommen. Eine Hauptanwendung wird sie im Falle des § 219, wie schon oben bemerkt, finden müssen, da leider der Entwurf für die Schadenersatzpflicht das Restitutionsprinzip aufstellt. Voraussetzung der Ausübung dieses Rechtes ist, daß nach Rechtskraft des Urtheiles der Gläubiger dem Schuldner eine bestimmte Frist zur Leistung setzt und dabei erklärt, daß er nach Umlauf der Frist die Leistung nicht mehr wolle.

§ 244 bestimmt, daß, wenn ein zur Leistung eines bestimmten Gegenstandes verpflichteter Schuldner es zum Prozesse kommen läßt, ihm vom Eintritte der Rechtshängigkeit die nämliche Verwaltungspflicht rücksichtlich Ziehung von Nutzungen, Erhaltung und Bewahrung des Gegenstandes obliegt, wie sie die §§ 931 sequ. dem Besitzer gegenüber dem Eigenthümer auferlegt; er hat demnach vom Momente der Rechtshängigkeit alle gezogenen Nutzungen zu ersetzen; für dolose oder culpose Verschlechterung und Untergang der Sache oder der Nutzungen zu haften und desgleichen für nicht gezogene, aber zu ziehende Nutzungen zu entschädigen.

Diese Vorschrift des § 244 gilt nicht bloß für obligatorische Ansprüche auf Restitution eines bestimmten Gegenstandes, sondern auch für Ansprüche auf Uebergabe eines solchen, und ist von den französisch-rechtlichen Bestimmungen nicht abweichend.

IV. Verzug des Schuldners.

Hier unterscheidet sich nach § 245 der Entwurf in zwei Punkten wesentlich vom französischen Rechte.

Einmal ist der Grundsatz „dies interpellat pro homine" ausgesprochen und dann ist für die Mahnung im Gegensatz zu Art. 1139 c. c. keine besondere Form vorgeschrieben.

Die Aufnahme des ersten Grundsatzes, welcher, abgesehen vom französischen Rechte, welches ihn nur in besonderen Fällen (Art. 1302, Abs. 4 und 1376 c. c.) und bei vertragsmäßiger Bestimmung oder wenn die Leistung ihrer Natur nach nur innerhalb einer gewissen Frist nützlich vorgenommen werden kann, kennt, überall gilt und „auf der Natur der Sache und lang- und festgewurzelter Rechtsüberzeugung

beruht" ist sicherlich ein Fortschritt, umsomehr als er auf die Fälle eingeschränkt wird, daß die Zeit der Leistung bestimmt aus dem Kalender sich ergiebt.

Was die Formlosigkeit der Mahnung anlangt, so besteht sicherlich kein innerer Grund für Aufrechterhaltung der Bestimmung des Art. 1139 c. c.; allein vom praktischen Standpunkt aus ist die Nichtaufnahme einer ähnlichen Bestimmung zu bedauern, da nunmehr der Gläubiger bezüglich des Nachweises der Mahnung allen Fährlichkeiten einer Beweisaufnahme unterliegt und böswillige Schuldner die nicht in sicherer Weise erfolgte Mahnung abzuleugnen verführt werden.

Allein die Praxis wird bald dazu führen, unter Anleitung des § 75 des Entwurfes in den meisten Fällen die Willenserklärung der Mahnung durch einen Gerichtsvollzieher zustellen zu lassen, was im Falle der Abwesenheit des Schuldners sogar nöthig sein wird.

Ferner bestimmt der Entwurf, daß als Mahnung die Erhebung der Leistungsklage (nicht der bloßen Feststellungsklage) und die Zustellung eines Zahlbefehls gelten solle.

Der Inhalt der Mahnung bestimmt sich nach dem hierfür maßgebenden Inhalte des Schuldverhältnisses und erachtet es den Entwurf für überflüssig und bedenklich, die Erfordernisse der Mahnung in dieser Richtung gesetzlich zu fixiren. Bei sogenannten Holschulden wird der Schuldner durch die Mahnung nur in Verzug gesetzt, wenn der Gläubiger sich zur Empfangnahme beim Schuldner einfindet. Andere Beispiele, daß außer Mahnung eine Handlung des Gläubigers zur Verzugsetzung nöthig ist, geben die §§ 269, 308 und 688. —

Nach § 246 tritt Verzug nicht ein, wenn und insolange der Schuldner in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten nicht verpflichtet ist. In Ansehung der Gründe, welche den Schuldner von der Leistung befreien, und des Umfanges seiner Vertretungspflicht sind die allgemeinen Grundsätze der §§ 237 und 241 sowie der Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses maßgebend. Der Entwurf schließt sich entgegen dem französischen Rechte der Auffassung an, daß nicht die bloße Thatsache der nicht rechtzeitigen Erfüllung die Verzugsfolgen eintreten lasse, sondern daß dieses Eintreten mindestens dadurch bedingt sei, daß der Grund des Verzuges am Schuldner selbst liege. Daraus folgt, daß sich der Schuldner dem Vorwurfe des Verzuges gegenüber in demselben Umfange und durch dieselben Umstände, wie in den Fällen nicht vertretbarer Unmöglichkeit der Leistung, sich vertheidigen kann.

§ 247 spricht konform mit Art. 1147 c. c. als Folge des Verzuges Schadenersatzpflicht aus, deren Umfang nach § 218 des Entwurfes sich bemißt. Der Entwurf weist jede Beschränkung der Forderung des wirklichen Interesses, wie sie die Art. 1149—1152 c. c. enthalten, mit vollem Rechte ab, da hierfür keine zutreffenden Gründe sprechen.

Da der Entwurf nicht überhaupt mit dem Verzuge jede Verbindlichkeit sich in eine Schadenersatzverpflichtung umwandeln läßt, mußte er im 2. Absatz Vorsorge treffen, daß der Gläubiger für den Fall, daß die Leistung in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse mehr habe, sofort Schadenersatz begehren kann. Dieses Recht ist genau nach dem Vorgange des § 242 geregelt.

§ 248 setzt die Verzugszinsen, falls nicht die aus einem andern Rechtsgrunde zu entrichtenden Zinsen höher sind, auf 5% fest, weicht aber insoferne vom Art. 1153 c. c. ab, daß er den Gläubiger hierauf nicht beschränkt, sondern ihm seinen erweislich höheren Schaden vergüten läßt. Die Nichtaufnahme der Beschränkung des Art. 1153 c. c. ist sicherlich gerechtfertigt; es besteht kein Grund, hier den Grundsatz der vollständigen Schadenersatzpflicht im Interesse des Schuldners zu durchbrechen.

Nur der Schenkgeber hat nach § 445 im Falle des Verzugs keine Verzugszinsen zu zahlen, ebenso sind nach § 249 von gesetzlichen Zinsen nie, von rechtsgeschäftlichen Zinsen erst vom Eintritte der Rechtshängigkeit an Verzugszinsen zu berechnen; der Entwurf stimmt daher nicht ganz mit Art. 1154 c. c., welcher Verzugszinsen aus Zinsen mit der Rechtshängigkeit nur für mindestens 1 Jahr rückständige Zinsen zuläßt. — Da nach § 358 die vertragsmäßige, im Voraus getroffene Abrede, daß fällige Zinsen wiederum Zinsen tragen sollen, nichtig ist, ist auch hierin eine Aenderung gegen den Standpunkt des Art. 1154 c. c.

Auch von der Bestimmung des § 249 bleibt das Recht des Gläubigers, erweislich höheren Schaden zu (vergüten) lese: begehren, unberührt.

Die §§ 250 und 251 erhöhen die Haftung des in Verzug gesetzten Schuldners auf jede Fahrlässigkeit und Zufall, konform den französischen Bestimmungen in den Art. 1138, 1245, 1302 und 1304; jedoch darf der Schuldner beweisen, daß der durch einen Zufall entstandene Schaden auch im Falle rechtzeitiger Leistung entstanden wäre; er hat also den Beweis dahin zu führen, daß der Gläubiger

auch bei rechtzeitiger Leistung den Gegenstand nicht veräußert oder nicht über ihn so verfügt hätte, daß eine Einwirkung des Zufalls auf ihn ausgeschlossen gewesen wäre. Das ist auch der Standpunkt des französischen Rechtes in Art. 1302 Alinea 2, während bekanntlich das preußische und andere Rechtssysteme dem Gläubiger den Beweis aufbürden, daß er bei rechtzeitiger Leistung den Leistungsgegenstand behalten hätte; im gemeinen Rechte ist die Frage sehr bestritten.

Die Bestimmung des Entwurfes ist logisch; wenn der Verzug zum vollen Schadenersatz verpflichtet, so darf nicht der Standpunkt des Gläubigers unnöthig erschwert werden; es muß vielmehr dem Schuldner die volle Beweispflicht auferlegt werden. § 252 bezieht sich auf den Fall, daß der Leistungsgegenstand nach Eintritt des Verzugs untergegangen oder verschlechtert wurde.

Da nun in einem solchen Falle der Gläubiger auch Ersatz für die Nutzungen, die er hätte ziehen können, begehren kann, er aber für diesen weiteren Schaden beweispflichtig wäre, bestimmt § 252 aus Billigkeitsrücksichten, daß ihm für diesen Schaden ohne Weiteres 5 % Zinsen vom Werthe der untergegangenen Sache oder im Falle der Verschlechterung vom Werthsunterschiede vom Tage des Verzuges an zu ersetzen sind. Diese Zinsen erhält er also als Entschädigung für die entgangenen Nutzungen und kann nicht neben denselben noch weitere Entschädigung begehren.

Natürlich steht es ihm auch frei, statt diese Zinsen zu begehren, den betreffenden Schaden besonders zu liquidiren, in welchem Falle ihn die Beweislast trifft.

§ 253 nimmt purgatio morae mit Wirkung für die Zukunft vom Tage der nachgeholten Leistung an.

Die Motive betonen, daß die Verzugsansprüche formell selbständig sind, und daß daher, wenn etwa die Hauptforderung nur mit der Klage geltend gemacht wird, selbst ohne Vorbehalt etwaiger Verzugsansprüche, hiemit die letzteren nicht als aufgegeben erachtet werden dürfen; selbst der Anspruch auf Verzugszinsen kann trotzdem selbständig anhängig gemacht werden. Nur wenn die besonderen Umstände daraufhin drängen, ist in solchen Fällen Verzicht anzunehmen.

V. Verzug des Gläubigers.

Dieses Rechtsverhältniß hat der code civil nicht selbständig geregelt, sondern unter der „Zahlung" in den Art. 1257 seq. in Ver-

bindung mit dem Anerbieten der Zahlung und der Hinterlegung behandelt, ähnlich Windscheid § 345.

Logisch richtig trennt der Entwurf die beiden Rechtsverhältnisse, der Verzug des Gläubigers hat rechtliche Wirkung in Bezug auf Auflösung der Verbindlichkeit nicht an sich allein, sondern nur in Verbindung mit andern Thatsachen, während sein wesentlicher Inhalt darin besteht, daß die hierdurch bewirkte Nichterfüllung dem Schuldner nicht zum Schaden gereichen dürfe; diese Wirkung ist beim „Inhalt der Schuldverhältnisse“ zu regeln; dagegen die weitere Wirkung, daß der Verzug in Verbindung mit der Hinterlegung das Schuldverhältniß tilgt, unter den „Aufhebungsthatsachen“.

In der bestrittenen Frage, ob zur mora creditoris ein Verschulden des Letztern gehöre, hat der Entwurf mit Recht sich auf die verneinende Seite geneigt. Denn es rechtfertigt sich nicht, dem Schuldner als Folge eines in der Person seines Gläubigers eingetretenen Zufalls eine Erschwerung seiner Verbindlichkeiten aufzuerlegen.

§ 255 verlangt zur Wirksamkeit des Anerbietens eine „Real-Oblation“, wodurch der Gläubiger naturgemäß auch Kenntniß der Leistungsbereitschaft erhält. Die bloße „Verbal-Oblation“ ist nur in drei Fällen genügend, wobei jedoch das „reelle Leistungsvermögen“ des Schuldners, welches er im Bestreitungsfalle zu beweisen hat, vorausgesetzt wird.

Der erste Fall ist die Vorauserklärung des Gläubigers, daß er die Leistung nicht annehmen werde; hier kommt vorzugsweise in Betracht, daß der Schuldner dem Gläubiger eine Sache zu überbringen oder eine Handlung an einem bestimmten Orte vorzunehmen hat; hier wäre ohne die Bestimmung des Entwurfs der Schuldner zu einem Verhalten gezwungen, welches mit Aufwendungen verbunden ist und im Interesse keines Theiles liegt.

Die zweite und dritte Ausnahme betreffen Fälle, in welchen das Thätigwerden des Schuldners oder sein ferneres Thätigsein durch eine vorausgehende oder gleichzeitige Handlung der Gläubiger bedingt ist; hierher gehört z. B. die Holschuld, oder wenn der Gläubiger die Wahl unter mehreren Gegenständen hat, oder wenn er über einzelne Modalitäten noch Bestimmungen zu treffen hat. Diese Ausnahmen sind in der Natur der treffenden Verhältnisse begründet. Als Verbal-Oblation gilt hier schon die Aufforderung an den Gläubiger zur Vornahme der betreffenden Handlung. Ist für dieselbe ein „dies“

bestimmt, wie z. B. bei Inhaberpapieren für die Präsentation derselben, so ist auch die Verbal-Oblation nicht nöthig; also auch hier gilt der Grundsatz: dies interpellat pro honine.

Diese Bestimmungen sind gegenüber den strengen, komplizirten Vorschriften des französischen Rechts als Fortschritt zu begrüßen, da es der Gerechtigkeit entspricht, daß dem leistungsbereiten und leistungsfähigen Schuldner gegenüber dem Gläubiger sein Recht nicht erschwert wird. —

§ 256 regelt den Fall des „Annahmeverzuges".

§ 257 mindert die Haftung des Schuldners auf dolus und culpa lata, wenn es sich um einen zu leistenden Gegenstand handelt; bei generischen Obligationen geht die Gefahr der ausgewählten und angebotenen Sache auf den Gläubiger über, außerdem hat der Entwurf für besondere Fälle noch besondere Rechtswirkungen des Gläubigerverzuges festgesetzt. — (§§ 210, 365, 368 Abs. 2, 561 und 575.)

§ 258 bestimmt im Gegensatze zu anderen Gesetzgebungen, daß der nach dem konkreten Schuldverhältnisse zur Herausgabe oder zum Ersatz der Nutzungen verpflichtete Schuldner vom Beginne des Gläubigerverzugs, in Abschwächung seines Schuldverhältnisses nur mehr für die wirklich gezogenen Nutzungen zu haften habe, und § 259 im Gegensatze zur herrschenden gemeinrechtlichen Theorie, jedoch entsprechend dem französischen Rechte, daß bei Geldschulden von dem Beginn der mora keine Zinsen mehr zu zahlen seien. Würde der Gläubiger jedoch beweisen können, daß der Schuldner von dem geschuldeten Gelde Zinsen gezogen hat, so käme für die Frage der Ersatzpflicht § 258 zur Anwendung, wenn es sich um eine verzinsliche Schuld handelt.

§ 260 ist eigentlich selbstverständlich; denn der Gläubiger, welcher im Verzuge ist, kann vom Schuldner keine Conventionalstrafe verlangen oder beim Versicherungsvertrage nicht aus der Nichtzahlung der Prämie den Verlust der Rechte aus der Versicherung geltend machen. Darüber war man im französischen Rechte einig.

Der Entwurf erklärt den Gläubiger nicht für verpflichtet, dem Schuldner den durch den Annahmeverzug verursachten Schaden zu ersetzen, sondern nur durch § 261 die Mehraufwendungen, welche dem Schuldner durch das erfolglose Anerbieten, sowie durch Aufbewahrung und Erhaltung des Leistungsgegenstandes erwachsen. Hiefür steht dem Schuldner nach § 233 das Retentionsrecht zu.

Dem Entwurfe ist in dieser Beschränkung des Anspruches des Schuldners beizustimmen, da ja der Gläubiger als solcher zur Annahme überhaupt nicht verpflichtet ist und das Gesetz den Verzug desselben auch ohne subjectives Verschulden eintreten läßt.

§ 262 behandelt die purgatio morae und behandelt den Gläubiger insofern besser als den säumigen Schuldner (§ 256), als der Gläubiger sich nur zum Ersatze der Mehraufwendungen bereit erklären muß.

Dritter Titel.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Entgegen der Theorie und der Gesetzgebung hat der Entwurf zwei Erlöschungsgründe nicht mehr aufgenommen: „die Novation und consensus contrarius". Der Entwurf ist deshalb nicht zu tadeln.

Dem Bedürfnisse, welches zu der mittels Wechsels des Gläubigers oder Schuldners sich vollziehenden Novation führt, ist genügt durch die Vorschriften über Cession und Schuldübernahme. Allerdings bleibt nach dem Entwurfe bei diesen Instituten die bisherige Schuld bestehen; allein es ist dies wohl meist die Absicht der Parteien bei Wechsel der Personen in der Obligation; die gegentheilige Absicht ist selten und steht es auch nach dem Entwurfe frei, bei Uebertragung der Forderung oder bei Schuldübernahme dies zu erklären.

Was die sogenannte objective Novation anlangt, so war ja immer der animus novandi zu erweisen (siehe Art. 1273 c. c.), was in der Praxis die objective Novation selten erscheinen ließ. Wenn übrigens die Parteien ausdrücklich erklären, daß sie mit der Aenderung im Gegenstande ꝛc. die alte Verbindlichkeit aufheben und eine neue begründen wollen, so steht dem nichts im Wege. In diesem Falle tritt die Erlöschung nach § 264, Satz 2 ein, indem der Entwurf die Vereinbarung einer datio in solutum hierin erblickt.

Vom praktischen Standpunkte aus ist der Entfernung der Novation daher kaum eine Thräne nachzuweinen.

Der consensus contrarius figurirte schon im französischen Rechte nicht als besondere Aufhebungsthatsache und ist eigentlich streng genommen nur ein Erlaßvertrag; bei gegenseitigen Verbindlichkeiten besteht er aus dem Zusammentreffen zweier Erlaßverträge.

I. Erfüllung.

Die §§ 263—271 behandeln die naturgemäße Aufhebungsthatsache der Schuldverhältnisse, nämlich deren Erfüllung. Der im französischen Rechte hierfür gebrauchte Ausdruck „paiement" ist inkorrekt, weil „Zahlung" eigentlich nur die Erfüllung von Geldschulden bedeutet.

Der code civil behandelt diese Materie in den Art. 1235—1257, worin jedoch eine Reihe von Vorschriften enthalten sind, welche sich auf den Gegenstand und Inhalt der Schuldverhältnisse beziehen. (Z. B. Art. 1244, 1246.)

In den §§ 264 und 265 ist die datio in solutum geregelt und hierunter auch der Fall der Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit an Stelle der alten begriffen, welche jedoch nur dann als Aufhebungsthatsache wirkt, wenn der hierauf gerichtete Willen der Parteien sich zweifellos als solchen ergibt.

Die datio in solutum hat entsprechend dem französischen Rechte, welches sie als Novation behandelt (Aubry und Rau § 324, Nr. 5), die Wirkung unbedingter und definitiver Tilgung der alten Schuld ohne Rücksicht darauf, ob das an Erfüllungsstatt gegebene in der That dauernd in das Vermögen des Gläubigers übergegangen ist.

Ist dies Letztere nicht der Fall, so hat der Gläubiger lediglich einen Entwährungsanspruch nach § 370 ff; im Falle der insolutum erfolgten Cession einen solchen nach § 298 und 312, wonach der Cedent nur für die Existenz, nicht für die Zahlungsfähigkeit haftet.

Die gleichen Grundsätze gelten im französischen Rechte. (Aubry und Rau l. c.)

§ 266 entspricht dem Art. 1239 c. c. — Den ersten Satz nahm der Entwurf nicht auf, weil er nur Selbstverständliches besagt.

Wenn der Gläubiger einwilligt, daß von einem Dritten geleistet wird, oder die an einem Dritten geschehene Leistung genehmigt, wirkt sie als Erfüllung; auf die Einwilligung und Genehmigung findet § 127 Anwendung.

Nicht aufgenommen hat der Entwurf die weitere Bestimmung des Art. 1239 l. c., daß Leistung an einen Dritten auch dann Erfüllung sei, wenn der Gläubiger zwar nicht einwilligt, aber Nutzen hieraus gezogen hat. Es werden in dieser Beziehung die allgemeinen Vorschriften über Kondiktionen und negotiorum gestio ausreichen, namentlich für den häufigsten Fall der Leistung an den Gläubiger

des Gläubigers. — Die §§ 267 und 268 regeln die Aufrechnung einer Leistung auf mehrere Schuldposten. — Uebereinstimmend mit Art. 1253 c. c. ist dem Schuldner das Recht der Aufrechnung mit bindender Wirkung für den Gläubiger zugestanden und ist sogar die Einschränkung des Art. 1254 c. c. nicht aufgenommen, so daß der Schuldner verlangen kann, daß eine Leistung vorerst auf die Hauptsumme, nicht Zinsen und Kosten angerechnet werden darf; der Gläubiger kann höchstens auf Grund des § 228 diese Aufrechnung als eine „Theilleistung" ablehnen, allein dahier immer erst untersucht werden muß, ob die Zinsen und Kosten in der Hauptverbindlichkeit derart enthalten sind, daß sie einen Theil derselben bilden, wäre die klare Vorschrift des Art. 1254 c. c. vorzuziehen, welche auch entschieden der Billigkeit entspricht. Der Gläubiger hat das größte Interesse, daß zuerst die Accessorien getilgt werden, so die Zinsen schon wegen des einer kürzeren Verjährung unterworfenen Anspruches.

Die Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung scheint von eminentem praktischen Werthe zu sein und geeignet, viele Streitigkeiten abzuschneiden.

Auch die Bestimmung des Art. 1255 c. c., daß die vorbehaltlose Annahme einer Quittung, worin der Gläubiger die empfangene Leistung auf einen besonderen Posten verrechnet, den Schuldner bindet, ist nicht aufgenommen. Meines Erachtens mit Recht, da hiermit unerfahrenen Schuldnern gegenüber von geriebenen Gläubigern viel Unfug getrieben wurde und der dem Schuldner freistehende Beweis des Betrugs oder der Ueberlistung praktisch in den seltensten Fällen — Mangels Zeugen — zu führen ist.

Nach dem Entwurfe ist es selbstverständlich, daß wenn der Gläubiger bei Empfang der Leistung eine Aufrechnungsbestimmung macht und der Schuldner nimmt sie an, dieselbe den Letzteren bindet; dies muß jedoch der Gläubiger beweisen.

Im Uebrigen besteht eine Abweichung vom französischen Rechte nicht. § 269 und 270 erklärt den Gläubiger verpflichtet, Quittung zu ertheilen, wenn nöthig in anderer als einfacher Schriftform, jedoch auf Kosten des Schuldners (Art. 1248 c. c.). § 271 giebt dem Schuldner konform dem französischen Rechte außerdem das Recht auf Herausgabe des Schuldtitels resp. bei Unmöglichkeit der Herausgabe, auf Ausstellung eines sogenannten „Mortifikationsscheines". Die Ertheilung der Quittung und Herausgabe des Schuldtitels ist gegen „Empfang" der Leistung, also Zug um Zug, zu bewirken. Es

hat also der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht und der Gläubiger, welcher sich auf Verlangen des die Erfüllung anbietenden Schuldners eine Quittung auszustellen weigert, kommt in Annahmeverzug.

Der Entwurf behandelt unter „Erfüllung" nicht „die Erfüllung" mit Subrogation des code civil (Art. 1249—1252).

Der Entwurf kennt die „Subrogation" als ein eigentliches Rechtsinstitut überhaupt nicht; zahlt ein Dritter die Schuld und wird durch einen Vertrag in die Rechte des Gläubigers eingesetzt, liegt eine „vertragsmäßige Uebertragung der Forderung" vor.

Die Subrogation als gesetzliche Folge der Zahlung eines Dritten (Art. 1251 c. c.) tritt nach dem Entwurfe nur in den ausdrücklich bestimmten Fällen ein, z. B. § 223, 313, 337, 676, 1026, 1094, 1095, 1101, 1104, 1164, 1187, 1343, 1397, 1411 und 1431 und hat die rechtliche Wirkung einer cessio legis.

Beide Fälle behandelt der Entwurf unter dem Gesichtspunkte der Cessionen, auf welche die §§ 293 sequ. anwendbar sind.

Das Ausscheiden der Subrogation als eines besonderen Rechtsinstitutes ist nicht zu bedauern; es verwirrt nur, wenn bezüglich der Sondernachfolge in Forderung und Schuld verschiedene Rechtsinstitute bestehen; der Standpunkt des Entwurfes, für jede Sondernachfolge nur je ein Rechtsinstitut zu kreiren, ist vom Standpunkte der Praxis aus, welche die sehr scharfsinnigen, aber unnöthigen Unterscheidungen der Theorie nur beschweren, das einzig Richtige.

II. Hinterlegung.

Der code civil gibt in Art. 1257 sequ. bei Geldzahlungen dem Schuldner das Recht, wenn der Gläubiger sich weigert die Zahlung anzunehmen, nach erfolgloser reeller Darbietung der Zahlung das geschuldete Objekt bei der gesetzlichen Behörde zu hinterlegen. Ist die geschuldete Sache ein genau bestimmter Gegenstand, der am Orte, wo er sich befindet, abgeliefert werden muß, und holt ihn der rechtmäßig zur Abholung aufgeforderte Gläubiger nicht ab, so kann der Schuldner sich vom Gerichte ermächtigen lassen, sie anderswo zu deponiren. Verkaufsselbsthilfe kennt der code civil nicht.

Die Bestimmungen des code civil sind viel zu enge begrenzt und mit einem Formalismus ausgestattet, welcher das „Realanerbieten mit Hinterlegung" zu einem in der Praxis selten angewandten Mittel machte.

Der Entwurf hat viel zweckentsprechendere Bestimmungen.

des Gläubigers. — Die §§ 267 und 268 regeln die Aufrechnung einer Leistung auf mehrere Schuldposten. — Uebereinstimmend mit Art. 1253 c. c. ist dem Schuldner das Recht der Aufrechnung mit bindender Wirkung für den Gläubiger zugestanden und ist sogar die Einschränkung des Art. 1254 c. c. nicht aufgenommen, so daß der Schuldner verlangen kann, daß eine Leistung vorerst auf die Hauptsumme, nicht Zinsen und Kosten angerechnet werden darf; der Gläubiger kann höchstens auf Grund des § 228 diese Aufrechnung als eine „Theilleistung" ablehnen, allein dahier immer erst untersucht werden muß, ob die Zinsen und Kosten in der Hauptverbindlichkeit derart enthalten sind, daß sie einen Theil derselben bilden, wäre die klare Vorschrift des Art. 1254 c. c. vorzuziehen, welche auch entschieden der Billigkeit entspricht. Der Gläubiger hat das größte Interesse, daß zuerst die Accessorien getilgt werden, so die Zinsen schon wegen des einer kürzeren Verjährung unterworfenen Anspruches.

Die Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung scheint von eminentem praktischen Werthe zu sein und geeignet, viele Streitigkeiten abzuschneiden.

Auch die Bestimmung des Art. 1255 c. c., daß die vorbehaltlose Annahme einer Quittung, worin der Gläubiger die empfangene Leistung auf einen besonderen Posten verrechnet, den Schuldner bindet, ist nicht aufgenommen. Meines Erachtens mit Recht, da hiermit unerfahrenen Schuldnern gegenüber von geriebenen Gläubigern viel Unfug getrieben wurde und der dem Schuldner freistehende Beweis des Betrugs oder der Ueberlistung praktisch in den seltensten Fällen — Mangels Zeugen — zu führen ist.

Nach dem Entwurfe ist es selbstverständlich, daß wenn der Gläubiger bei Empfang der Leistung eine Aufrechnungsbestimmung macht und der Schuldner nimmt sie an, dieselbe den Letzteren bindet; dies muß jedoch der Gläubiger beweisen.

Im Uebrigen besteht eine Abweichung vom französischen Rechte nicht. § 269 und 270 erklärt den Gläubiger verpflichtet, Quittung zu ertheilen, wenn nöthig in anderer als einfacher Schriftform, jedoch auf Kosten des Schuldners (Art. 1248 c. c.). § 271 giebt dem Schuldner konform dem französischen Rechte außerdem das Recht auf Herausgabe des Schuldtitels resp. bei Unmöglichkeit der Herausgabe, auf Ausstellung eines sogenannten „Mortifikationsscheines". Die Ertheilung der Quittung und Herausgabe des Schuldtitels ist gegen „Empfang" der Leistung, also Zug um Zug, zu bewirken. Es

hat also der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht und der Gläubiger, welcher sich auf Verlangen des die Erfüllung anbietenden Schuldners eine Quittung auszustellen weigert, kommt in Annahmeverzug.

Der Entwurf behandelt unter „Erfüllung" nicht „die Erfüllung" mit Subrogation des code civil (Art. 1249—1252).

Der Entwurf kennt die „Subrogation" als ein eigentliches Rechtsinstitut überhaupt nicht; zahlt ein Dritter die Schuld und wird durch einen Vertrag in die Rechte des Gläubigers eingesetzt, liegt eine „vertragsmäßige Uebertragung der Forderung" vor.

Die Subrogation als gesetzliche Folge der Zahlung eines Dritten (Art. 1251 c. c.) tritt nach dem Entwurfe nur in den ausdrücklich bestimmten Fällen ein, z. B. § 223, 313, 337, 676, 1026, 1094, 1095, 1101, 1104, 1164, 1187, 1343, 1397, 1411 und 1431 und hat die rechtliche Wirkung einer cessio legis.

Beide Fälle behandelt der Entwurf unter dem Gesichtspunkte der Cessionen, auf welche die §§ 293 sequ. anwendbar sind.

Das Ausscheiden der Subrogation als eines besonderen Rechtsinstitutes ist nicht zu bedauern; es verwirrt nur, wenn bezüglich der Sondernachfolge in Forderung und Schuld verschiedene Rechtsinstitute bestehen; der Standpunkt des Entwurfes, für jede Sondernachfolge nur je ein Rechtsinstitut zu kreiren, ist vom Standpunkte der Praxis aus, welche die sehr scharfsinnigen, aber unnöthigen Unterscheidungen der Theorie nur beschweren, das einzig Richtige.

II. Hinterlegung.

Der code civil gibt in Art. 1257 sequ. bei Geldzahlungen dem Schuldner das Recht, wenn der Gläubiger sich weigert die Zahlung anzunehmen, nach erfolgloser reeller Darbietung der Zahlung das geschuldete Objekt bei der gesetzlichen Behörde zu hinterlegen. Ist die geschuldete Sache ein genau bestimmter Gegenstand, der am Orte, wo er sich befindet, abgeliefert werden muß, und holt ihn der rechtmäßig zur Abholung aufgeforderte Gläubiger nicht ab, so kann der Schuldner sich vom Gerichte ermächtigen lassen, sie anderswo zu deponiren. Verkaufsselbsthilfe kennt der code civil nicht.

Die Bestimmungen des code civil sind viel zu enge begrenzt und mit einem Formalismus ausgestattet, welcher das „Realanerbieten mit Hinterlegung" zu einem in der Praxis selten angewandten Mittel machte.

Der Entwurf hat viel zweckentsprechendere Bestimmungen.

Auf der einen Seite muß die Hinterlegung immer bei einer öffentlichen, durch die Landesgesetze bestimmten Hinterlegungsstelle erfolgen, und adoptirt der Entwurf nicht, dem Art. 343 Handelsgesetz folgend, die Hinterlegung bei einem etwa selbstgewählten oder richterlich bestimmten Dritten; sodann ist als Voraussetzung der Hinterlegung nicht, wie im französischen Rechte, ein Verschulden des Gläubigers nothwendig, der Schuldner befreit sich durch Hinterlegung sowohl im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers als auch „wenn er aus einem andern in der Person des Gläubigers liegenden Grund" nicht erfüllen kann, z. B. wenn die betreffende Forderung mit Arrest bestrickt ist; ebenso im Falle der sogenannten subjektiven Ungewißheit des Gläubigers, z. B. wenn mehrere dieselbe Forderung für sich in Anspruch nehmen; nur muß sich hier der Schuldner in einer entschuldbaren Ungewißheit befinden, welche wohl immer gegeben ist, wenn Mehrere eine Forderung für sich beanspruchen.

Von diesem Standpunkte des Entwurfes war es überflüssig, eine besondere Vorschrift zu geben für den Fall, daß mehrere Cessionäre dem debitor cessus gegenüber treten.

Endlich ist den Landesgesetzen (§ 280) überlassen, auch bezüglich anderer beweglichen Sachen die Hinterlegung als aufhebende Thatsache des Forderungsrechtes einzuführen. —

Die Hinterlegung wirkt wie die Erfüllung; sie muß bei der Hinterlegungsstelle des Erfüllungsortes (§§ 229 und 230) erfolgen.

Die §§ 274 und 275 behandeln das Recht der Zurücknahme.

Mit der Wirkung der Hinterlegung als Erfüllung steht dieses Recht eigentlich in Widerspruch; allein aus überwiegend praktischen Gründen hat der Entwurf in Uebereinstimmung mit Art. 1261 c. c. es gewährt. Es bleibt ja die Frage, ob die Hinterlegung rechtmäßig war oder nicht, meist längere Zeit in Schwebe, und es wäre unbillig, in diesem Stadium der Ungewißheit den Schuldner völlig zu binden. Anders, wenn bei der Hinterlegung oder nachträglich der Schuldner auf das Recht verzichtet, oder — naturgemäß der Gläubiger der Hinterlegungsstelle seine Annahme erklärt, oder der Hinterlegungsstelle ein zwischen den Parteien erlassenes rechtskräftiges, die Hinterlegung justifizirendes Urtheils vorgelegt wird. Im Falle der Zurücknahme lebt entsprechend dem Art. 1261 c. c. die Schuldverpflichtung mit allen Nebenverbindlichkeiten wieder auf; namentlich auch die Pfandrechte (anders Art. 1263 c. c. im Falle der Zustimmung des Gläubigers zur Rücknahme), soferne nicht eine

Thatsache eingetreten ist, welche nach allgemeinen Grundsätzen mit der Fortdauer eines Pfandrechtes sich nicht verträgt (z. B. beim Faustpfand das Aufgeben des Pfandbesitzers; § 1191).

§ 276 bestimmt, daß, so lange das Rücknahmerecht besteht, der Schuldner ein von der Befriedigung des Gläubigers abhängiges Recht nicht geltend machen kann. So kann z. B. der Schuldner in dem Falle des § 269, wenn er wegen Verweigerung der Quittung hinterlegt, diese Urkunde erst dann fordern, wenn die Hinterlegung unwiderruflich ist.

Nur für den Fall des Konkurses bestimmt § 277 die Hinterlegung auch bei Bestehen des Rücknahmerechts als definitive. Die Sache kann nicht zur Konkursmasse gezogen werden; weder Schuldner noch Konkursverwalter dürfen das Rücknahmerecht während des Konkurses ausüben.

Durch § 277 werden übrigens die Vorschriften über Anfechtung einer derartigen Hinterlegung aus §§ 22 ff. der Konkursordnung nicht berührt.

§ 278 gewährt dem Schuldner die dem französischen Rechte unbekannte Verkaufsselbsthilfe, und zwar bei allen Schuldverhältnissen, welche eine bewegliche Sache betreffen, im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers unbedingt, bei hinterlegungsfähigen Sachen jedoch im Falle des § 272 Ziff. 2 nur bei Besorgniß des Verderbens oder unverhältnißmäßigem Kostenaufwand für die Hinterlegung.

Die letztere Beschränkung ist mit Rücksicht darauf, daß die Hinterlegung oft bei völliger Schuldlosigkeit des Gläubigers erfolgen kann, gerechtfertigt, diese Rücksicht verbietet ein unbegrenztes Verkaufsrecht für die Fälle des § 272 Ziff. 2 zu statuiren.

Die näheren Vorschriften entsprechen dem Art. 343 H. G. B.

§ 279 stimmt mit Art. 1260 c. c. überein.

§ 280 giebt, wie schon oben bemerkt, die Organisation der Hinterlegungsstellen, sowie die Ausdehnung auf andere bewegliche Sachen als Geld oder Werthpapiere der Landesgesetzgebung anheim; ebenso Bestimmungen darüber, ob der Fiskus 2c. Eigenthümer der deponirten Gelder und Banknoten wird (§ 200); ob der Anspruch auf Zurückzahlung zu Gunsten des Fiskus nach einer bestimmten Frist erlöschen soll 2c.

III. Aufrechnung.

Der Entwurf regelt nur das gesetzliche Recht der Aufrechnung (compens. necessaria), mit der vertragsmäßigen Aufrechnung (compens. voluntaria) befaßt er sich so wenig, wie der code civil.

Der § 281 regelt die Voraussetzungen der Aufrechnung conform mit dem geltenden Rechte, namentlich Art. 1291 c. c.; nur hat im Gegensatze zum französischen Rechte der Entwurf das Erforderniß der „Liquidität" nicht aufgenommen.

In der Praxis des französischen Rechtes wurde diese Voraussetzung nicht strenge durchgeführt; war durch Eideszuschiebung die Gegenforderung liquid zu stellen oder selbst durch ein Sachverständigengutachten, wurde sie zur Kompensation zugelassen.

Zudem bieten die Bestimmungen der Prozeßordnung in den §§ 136, 274, 491 die nöthigen Korrekturmittel, um die Entscheidung über eine liquide Forderung durch eine illiquide Gegenforderung nicht ungebührlich zu verzögern.

Absatz 2 des § 281 spricht den allgemein anerkannten Grundsatz aus, daß die Gegenforderung exigible oder giltig, d. h. durch keine Einrede entkräftbar, sein darf. Die Frage, ob eine natürliche Verbindlichkeit aufrechenbar sei, ist für den Entwurf, der sie gar nicht kennt, ohne Bedeutung.

§ 282 normirt die Art und Weise, wie die Aufrechnung erfolgt. Hier befindet sich der Entwurf im Gegensatze zum code civil. Nach Art. 1290 c. c. erfolgt die Aufrechnung ipso jure selbst ohne Wissen der Parteien; jedoch darf die Einrede nicht ex officio vom Richter supplirt werden. Dagegen kann der Gläubiger seine Forderung, wenn ihr eine Gegenforderung entgegensteht, durch die letztere als getilgt erklären, auch wenn der Schuldner nicht einverstanden war.

Dagegen bestimmt der Entwurf, daß die Aufrechnung nur erfolgen könne durch eine dem andern Theil gegenüber abgegebene, in ihrer Wirkung jedoch von der Annahme derselben unabhängigen Willenserklärung, so daß die Aufrechnung als ein einseitiges Rechtsgeschäft des Aufrechnenden erscheint; der Letztere muß auch in concreto verfügungsberechtigt sein, so daß z. B. entgegen dem Art. 1294 c. c. der Bürge nicht mit einer dem Hauptschuldner zustehenden Gegenforderung gegenüber dem Gläubiger kompensiren kann.

Ich halte den Standpunkt des code civil für praktischer.

Auch nach ihm ist der Schuldner, wenn ihn der Gläubiger auf Zahlung seiner Forderung angeht, nicht gezwungen, seine Gegenforderung geltend zu machen, allein wenn der Gläubiger Interesse hat, statt Erfüllung seiner Forderung Befreiung von einer Schuld zu

erhalten, so kann er nach dem code civil diese Alternative wählen und sich selbst auf die Aufrechnung berufen.

Dieses ist nach dem Entwurfe unmöglich; hier ist unter Umständen, wenn der Schuldner keine Aufrechnungserklärung gibt, der Gläubiger genöthigt, Zahlung zu begehren und das Erhaltene dann wiederum zur Zahlung seiner Schuld zu verwenden, gewiß nicht einfach.

Nach dem Standpunkte des Entwurfes wäre es logisch, die Wirkung der Aufrechnung, daß sie die Forderung erlöscht, auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung zu verlegen; trotzdem wird dieselbe nach § 283 auf den Zeitpunkt vorverlegt, wo sich die beiden Forderungen als aufrechenbare gegenübergetreten sind; die Motive erklären, daß zu dieser „Fiktion" man habe greifen müssen, weil sonst der praktische Werth des Rechtsinstitutes der Aufrechnung verkümmert worden wäre und man mit den Bestimmungen der Aufrechnung im Konkurse (§ 46 sequ. Konkursordnung) in Widerspruch gekommen wäre.

Wäre es unter solchen Verhältnissen nicht einfacher und praktischer statt „des durch seine Einfachheit und Klarheit bestechenden Prinzipes des § 282" die Bestimmung des Art. 1290 c. c. anzunehmen, welche die Aufstellung einer „Fiktion" ganz unnöthig macht?

Die §§ 284—286 entsprechen im Großen den Bestimmungen des code civil (Art. 1297, 1296 und 1298). —

§ 287 statuirt als Ausnahme von der Aufrechnung „alle Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen", erweitert also mit Recht die Bestimmung des Art. 1293 Ziff. 1 c. c. und des gemeinen Rechtes, und ist diese Vorschrift korrespondirend mit § 235. —

Dagegen hat der Entwurf die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht weiter beschränkt, so daß sie also entgegen dem französischen und gemeinen Rechte auch gegenüber den Forderungen aus der Hinterlegung und der Leihe geltend gemacht werden kann.

Da es sich in diesen Fällen aber um Forderungen handelt, bei denen der Gläubiger eine andere Tilgung als durch Erfüllung sicher ausgeschlossen haben will, und dem Schuldner eine gewisse Vertrauensstellung eingeräumt ist, mit welcher sich die Aufrechnung schlecht verträgt, dürften die bestandenen Bestimmungen den Vorzug haben.

§ 288 ist eine nothwendige Konsequenz des gesetzgeberischen Grundes des § 749 der C. P. O. und entspricht auch dem bayrischen Gesetze vom 18. Dezember 1887. Er ist einestheils weitergehend als

Art. 1293, Ziff. 3, indem nicht bloß gegen die Forderung aus Alimenten, insoweit sie unpfändbar sind, die Aufrechnung ausgeschlossen wird, anderntheils nicht so weit gehend, als nach französischem Rechte durch Privatwillenserklärung bei derartigen Einkünften über die Grenze des § 749, Ziff. 2 C. P. O. hinaus Unpfändbarkeit geschaffen werden konnte.

§ 289 bestätigt das geltende Recht.

Nach französischem Rechte war „Steuerforderungen" gegenüber überhaupt jede Aufrechnung ausgeschlossen; ebenso nach gemeinem Rechte. Nach dem Entwurfe ist diese Ausnahme der Aufrechnung nicht mehr bestehend.

IV. Erlaß.

Der Erlaß bedarf, um wirksam zu werden, entsprechend dem gemeinen und französischen Rechte, der Annahme Seitens des Schuldners; er ist wirksam nur als Erlaßvertrag. Dieser ist aber, gleichfalls konform dem betreffenden Rechte, an keine Form gebunden. Er bringt ipso jure das Schuldverhältniß zum Erlöschen, soweit er reicht. Nach Auffassung des Entwurfes ist er ein Veräußerungsvertrag, sogenannter dinglicher Vertrag, und deshalb ein abstraktes, von seiner causa in Ansehung seiner Wirksamkeit unabhängiges Rechtsgeschäft, wie die römisch-rechtliche acceptilatio. Der Mangel einer causa oder ein Fehler in der causa ist nur bedeutend für die Frage, ob die Aufhebung der Wirkungen des Erlasses begehrt werden kann. Diese Frage ist aber lediglich nach den Grundsätzen über die Bereicherung zu entscheiden; nur wenn die Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung vorliegen, kann aus Mängeln der causa Aufhebung des Erlasses begehrt werden.

In den Motiven ist bemerkt, daß gemäß des angenommenen Grundsatzes der Vertragsfreiheit auch ein nur obligatorischer Erlaßvertrag geschlossen werden kann; hier bleibt das Forderungsrecht bestehen; der Gläubiger verpflichtet sich nur, es nicht geltend zu machen; das pactum de non petendo des römischen Rechts. Im Zweifel wird natürlich immer als Wille der Parteien die direkte Aufhebung des Forderungsrechtes angenommen werden müssen.

Im 3. Absatz des § 290 wird dem Erlaßvertrage der sogenannte negative Schuldanerkennungsvertrag als abstraktes Veräußerungsgeschäft gleichgestellt; dieser Vertrag ist an keine Form gebunden im Gegensatze zum positiven sogenannten abstrakten

Schuldversprechen; auch unterliegt er der Anfechtung nach Maßgabe der Bereicherungsgrundsätze; jedoch nur in dem Rahmen, daß der Gläubiger während der ordentlichen Verjährungsfrist für die Kondiktion sich der hieraus ergebenden Einrede resp. Replik bedienen kann; anders ist es beim abstrakten Schuldversprechen; liegen hier die Voraussetzungen der Bereicherung vor, so ist für den Schuldversprecher eine unverjährbare Einrede (nach § 684, Abs. 1) geschaffen.

Im Abs. 4 gewährt der Entwurf dem Gläubiger, welcher in der irrthümlichen Voraussetzung, daß die Schuld nicht mehr besteht, den Erlaß konzedirte, ausdrücklich die condictio indebiti; setzt hier also den Erlaß- und negativen Schuldanerkennungsvertrag auf die nämliche Linie, wie das Schuldversprechen. (§ 684, Abs. 2.)

Der Entwurf unterläßt mit Recht eine Bestimmung, ob eine Quittung als abstrakter Erlaßvertrag anzusehen sei; die Quittung dient zunächst nur als Beweismittel, kann jedoch in einzelnen Fällen eine weitergehende Bedeutung haben. Die Entscheidung hierüber wird immer eine Thatsache sein; sie gesetzlich zu regeln, liegt kein Bedürfniß vor und würde nur zur Aufstellung unnöthiger und gefährlicher Vermuthungen führen.

Desgleichen ist dem Entwurfe beizustimmen, daß er die an die Rückgabe des Schuldscheines 2c. geknüpften Vermuthungen der Art. 1282—1284 des code civil nicht aufgenommen hat.

Die Frage, ob der Erlaßvertrag auch gegenüber dem Bürgen wirkt, wird wohl im Hinblick auf § 671 bejaht werden müssen.

Die Wirkung des Erlaßvertrags in Solidarschuldverhältnissen wird bei § 333 besprochen werden.

V. Vereinigung.

§ 291 deckt sich mit Art. 1300 c. c.; es wird die Vereinigung (confusion) als ein selbständiger Erlöschungsgrund angesehen. Mit ihrem Eintritte erlöschen alle vom Bestande des Schuldverhältnisses abhängigen Nebenrechte mit Ausnahme der Hypotheken, welche als Eigenthümer-Hypotheken bestehen bleiben; also namentlich die Bürgschaft; es bedurfte der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1301, Alinea 1 nicht; ebenso ist die Bestimmung des Alinea 2 selbstverständlich, nach § 333 wirkt die Vereinigung bei Solidarverbindlichkeiten immer nur für den betreffenden Solidarschuldner oder gegen den betreffenden Solidargläubiger; wenn jedoch nach Maßgabe des

bestehenden Rechtsverhältnisses eine Verpflichtung zur gegenseitigen Ausgleichung besteht, so versteht sich nach den Motiven von selbst, daß die von dem Gesammtschuldner, der durch Vereinigung Gläubiger wurde, belangten übrigen Gesammtschuldner dessen Antheil an der Gesammtschuld abrechnen können, wie auch daß, wenn die Vereinigung in der Person eines Gesammtgläubigers erfolgt, dieser gegenüber den andern Gesammtgläubigern denjenigen Antheil an der Schuld abzurechnen befugt ist, welcher ihm vermöge des bestehenden Ausgleichsverhältnisses zukommt. Es ist deshalb auch die Vorschrift des Alinea 3 des Art. 1301 in Verbindung mit Art. 1209 c. c. weiter geltendes Recht.

Die Frage was Rechtens sei, wenn die Vereinigung in Folge besonderer Umstände kraft Gesetzes wieder aufgehoben wird, ist nicht allgemein, sondern nur in den einzelnen Fällen (§§ 499, 1833, 2114 und 2133) entschieden.

In bestimmten Verhältnissen endlich hat der Entwurf der Vereinigung die gewöhnliche Wirkung ganz oder in relativer Weise versagt; so im Falle des Nießbrauches einer Forderung (§ 1032) und im Falle des Pfandrechtes an Forderungen (§ 1223).

VI. Tod.

Die Bestimmung des § 292 galt im französischen Rechte für selbstverständlich und ist eigentlich die Aufnahme derselben unnöthig.

Vierter Titel.

Sondernachfolge in Forderung und Schuld.

I. Uebertragung der Forderung.

Der code civil hat die Sondernachfolge in eine bestehende Forderung unter dem Titel des „Verkaufes" geregelt, indem er den hauptsächlichsten Fall einer Uebertragung gegen einen bestimmten Preis zur Regelung des ganzen Institutes benützt.

Diese Art der Regelung ist sicherlich unlogisch; denn das Wesentliche dieses Institutes ist die Umgestaltung des Forderungsrechtes bezüglich der Person des Gläubigers, unwesentlich der Grund, auf welchen hin diese Umgestaltung erfolgt. Es gehören deshalb diese Bestimmungen in den allgemeinen Theil, wohin sie nach dem Vorgange der Wissenschaft der Entwurf verwiesen hat.

§ 293 spricht den Grundsatz aus, daß zu einer Uebertragung der Forderung die Einwilligung des Schuldners nicht nöthig sei, und daß mit der Uebertragung der Uebertragende seine Gläubigereigenschaft verliert, der Cessionar sie erhält.

Nach französischem Rechte treten diese Wirkungen in der nämlichen Weise „par le seul effet de la cession“ bei Uebertragung von unkörperlichen Rechten auch gegenüber Dritten ein; bezüglich der „cession des créances“ d. h. der vertragsmäßigen Uebertragung von Forderungen, also dem Institute, welches der Entwurf in § 293 sequ. hauptsächlich regelt, treten Dritten gegenüber die Wirkungen der Uebertragung nur ein mit einer dem Schuldner gemachten Zustellung des Cessionsaktes oder mit einer vom Schuldner in einer notariellen Urknnde bethätigten Annahme der Cession. (Art. 1691 c. c)

Diese Vorschrift hatte den einzigen Zweck „de garantir les intérêts légitimes des tiers“ (Aubry und Rau § 359 bis Note 12) und war streng zu befolgen; eine auf anderm Wege erlangte Kenntniß des Schuldners vor der Uebertragung wurde nicht als genügend erachtet. Mit Rücksicht auf den Zweck dieser Vorschrift ist jedoch in der französischen Doktrin und Praxis anerkannt, daß wenn der Schuldner inoffizielle Kenntniß der Uebertragung erlangt hat, und trotzdem an den Cedenten, sei es aus betrügerischer Kollusion mit demselben oder aus unverantwortlicher Nachlässigkeit zahlt, er zur nochmaligen Zahlung an den Cessionar angehalten werden kann.

Die Bestimmungen des code civil verdienen entschieden den Vorzug.

Vom theoretischen Standpunkte aus ist ja die Bestimmung des Entwurfes nicht zu tadeln; ist die Sondernachfolge durch den begründenden Akt zwischen dem alten und neuen Gläubiger erfolgt, so besteht sie rechtlich nach allen Seiten hin.

Allein da die Mitwirkung des Schuldners nicht erforderlich ist, so ist sowohl im Interesse des gutgläubigen Schuldners als aller derjenigen, welche etwa nach diesem Akte Recht an der Forderung erworben haben, dringend geboten, einen in die Oeffentlichkeit tretenden und durch einen bestimmten Rechtsakt genau fixirten Zeitpunkt zu wählen, nach welchem Niemand mehr Einwendungen gegen die Uebertragung erheben kann.

Der Entwurf sieht sich in den §§ 304 und 305 genöthigt, Schutzvorschriften für den gutgläubigen Schuldner aufzustellen, welche

aber das ganze Institut der „Uebertragung" illusorisch machen können, da sie dem Gläubiger den „Beweis der Kenntniß des Schuldners von der Uebertragung" überbürden. —

Ich hege keinen Zweifel, daß — wenigstens im französischen Rechtsgebiete — auch nach Gesetzeskraft des Entwurfes dieser Beweis sofort in der bisher üblichen Weise von Anfang an erstellt werden wird; glaube aber, daß aus eminent praktischen Gründen zur Vermeidung unnöthiger und rechthaberischer Prozesse die Bestimmung des code civil in den Entwurf aufzunehmen ist; hierdurch würden die Bestimmungen der §§ 304 sequ. hinfällig.

§ 294 kennt als Arten der Uebertragung: den Vertrag, welche Form Abtretung genannt wird, das Gesetz und die richterliche Anordnung. In Absatz 2 wird die vertragsmäßige Abtretung als Veräußerungsvertrag d. h. als ein sogenanntes abstraktes, von seiner caussa in Ansehung seiner Wirksamkeit unabhängiges Rechtsgeschäft charakterisirt; der Mangel einer caussa oder ein Fehler in derselben ist nur bedeutend für die Frage, ob die Aufhebungen der Wirkung der Abtretung begehrt werden können; diese Frage ist aber, wie beim Erlasse (§ 290, Abs. 2) lediglich nach den Grundsätzen der Bereicherung zu entscheiden. Einer Form bedarf der Abtretungsvertrag so wenig wie nach französischem Rechte.

Auf anderm Standpunkte steht natürlich das französische Recht, welches ja die Cession als einen „Kauf" betrachtet, also sie an die hierüber geltenden Vorschriften bindet.

Die cessio legis findet nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen mit der Wirkung statt, daß der Forderungsübergang mit dem Vorhandensein der für den betreffenden Fall aufgestellten Voraussetzungen unmittelbar eintritt, also z. B. im Falle des § 676 geht, soweit der Bürge den Hauptschuldner bezahlt, sofort auf ihn die Forderung über. —

Diese cessio legis entspricht der gesetzlichen „subrogation" des Art. 1251 c. c.

Die richterliche Cession findet ihre Anwendung durch Ueberweisung der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung. Sie tritt ein mit der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner, damit ist eine Streitfrage, welche sich an den § 737 C. P. O. anschloß, in praktischem Sinne entschieden, und wäre nur zu wünschen, daß auch für die vertragsmäßige Abtretung ähnliche praktische Bestimmungen getroffen würden.

Von dem in § 293 aufgestellten Grundsatz der Uebertragbarkeit aller Forderungen trifft § 295, Abs. 1 völlig berechtigte, in den subjektiven Beziehungen und in dem Gegenstande der betreffenden Forderungsrechte begründete Ausnahmen. Obwohl das französische Recht diese allgemeine Bestimmung nicht enthält, sondern in den Art. 631, 634, 791, 1130 und 1600 c. c. nur spezielle Verbote enthält, so hat Doktrin und Praxis doch alle durch die Formel des § 295, Abs. 1 betroffenen Forderungen, zu welchen die meisten der speziellen Verbote gehören, als „incessibles" erklärt. (Aubry und Rau § 359, Note 16).

Die allgemeine Fassung des Entwurfes ist daher gegenüber dem französischen Rechte ein Fortschritt. Daneben hat der Entwurf doch auch einzelne spezielle Verbote aufgenommen, z. B. 644, 724 Abs. , 1047, 1339 Abs. 3, 1458 Abs. 2, welche sich jedoch unschwer unter die allgemeine Fassung des § 295 Abs. 1 einreihen lassen. § 295 Abs. 2 spricht den auch im französischen Rechte adoptirten Grundsatz aus, daß ein vertragsmäßiges Verbot der Uebertragung einer Forderung nur obligatorische Wirkung zwischen den betreffenden Parteien hat, dagegen Dritten gegenüber unwirksam ist. —

Diese Vorschrift ist die Konsequenz der rechtlichen Konstruktion der Abtretung als eines „Veräußeruugsvertrages"; bei solchen anerkennt der Entwurf mit dinglicher Wirkung nur gesetzliche Veräußerungsverbote. (§ 107, Abs. 2).

§ 296 Abs. 1 ist eine Konsequenz des § 388 des Entwurfes und des § 749 der C. P. O.; Abs. 2 stellt den berechtigten Satz auf, daß alle unübertragbaren Forderungen auch unpfändbar seien.

§ 297 stimmt im Allgemeinen mit Art. 1692 c. c. überein; er stellt aber ausdrücklich fest, daß auch die mit einer Forderung für den Fall des Konkurses verbundenen Vorzugsrechte übergehen, wenn selbst zur Zeit der Uebertragung der Forderung der Konkurs über den Schuldner nicht eröffnet ist. Es sanktionirt hiermit der Entwurf die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. III der Entscheidungen, Nr. 15, S. 34 sequ. Wenn also Jemand als Bürge eine unter § 54, Ziff. 2 K. O. fallende Forderung bezahlt hat, hat er auch das hierfür statuirte Vorzugsrecht, gleichgiltig ob zur Zeit der Uebertragung der Konkurs eröffnet war oder nicht; das Gleiche gilt, wenn z. B. ein Arzt seine nach Ziff. 4 l. c. bevorrechtete Forderung vor Ausbruch des Konkurses einem Dritten abtritt.

Der Entwurf hat absichtlich (Motive S. 125) die Frage unent-

schieden gelassen, ob mit dem Uebergange der Forderung auch der Anspruch auf Zinsen, Früchte 2c. ohne Weiteres übergehe. Nach dem code civil war auf Grund des Art. 1614 c. c. diese Frage zweifellos zu bejahen; auch Windscheid ist für das gemeine Recht der nämlichen Ansicht. Es dürfte sich daher die Aufnahme einer derartigen Bestimmung empfehlen, da hiermit manche Streitigkeit abgeschnitten und der präsumtive Wille der Parteien berücksichtigt wird.

§ 298 läßt mit Art. 1693 c. c. den Uebertragenden nur für den Bestand der Forderung haften; gemäß des juridischen Charakters der Uebertragung als Veräußerungsvertrag wird diese Haftung bestimmt nach den Grundsätzen über Gewährleistung des veräußerten Rechtes. Ist die Haftung für Einbringlichkeit übernommen, so ist im Zweifel (§ 299) mit dem französischen Rechte nur die Zahlungsfähigkeit zur Zeit des Uebertrages gemeint; dagegen ist die Beschränkung der Haftung bis zur Höhe der „Cessionsvaluta" (Art. 1694 c. c.) mit Recht nicht aufgenommen, da sie dem Charakter des Veräußerungsvertrags widerspricht und nur noch ein Anklang an die aufgehobene lex Anastasiana ist. § 300 schließt für den Fall der cessio legis jede Haftpflicht aus, außer wenn eine solche sich aus dem besonderen Rechtsverhältniß zwischen dem alten und neuen Gläubiger (z. B. im Falle des Mandates, Kommissionsgeschäftes) ergibt.

§ 301 gibt eine der Verpflichtung des Cedenten nach französischem Rechte (Art. 1603 in Verbindung mit 1689) ähnliche Vorschrift; erweitert diese aber noch weiter dahin, daß der Cessionar, wenn er die Kosten vorschießt, eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung begehren kann, eine ganz zweckgemäße Bestimmung.

§ 302 schneidet eine Streitfrage des gemeinen Rechts ab, indem er sich auf den von Windscheid verfochtenen, auch im französischen Rechte (Aubry und Rau § 359 bis Texte zu Note 47) festgehaltenen Standpunkt stellt, daß der Schuldner Einreden, welche sich nicht sowohl auf die Förderung selbst, sondern nur auf die bestimmte Person des alten Gläubigers bezogen, nicht geltend machen dürfe. — Dagegen darf der Schuldner alle andern Einreden, namentlich auch die der mangelnden Sachlegitimation (z. B. mit der Behauptung, die Abtretung sei nur simulirt) geltend machen; die Motive präzisiren dies treffend dahin, daß es nicht darauf ankomme, ob die Thatsache, auf welche sich die Einrede stützt, schon zur Zeit der Uebertragung eingetreten sei, sondern darauf, ob dieselbe nach dem

Wesen und Inhalt des Schuldverhältnisses den Schuldner zu einer Einrede berechtigt; z. B. kann der Schuldner auch dem neuen Gläubiger die Einrede aus der erst nach der Uebertragung eingetretenen Entwährung des dem Schuldner als Gegenleistung veräußerten Rechtes oder aus einer erst nach diesem Zeitpunkte eingetretenen Resolutivbedingung entgegensetzen.

§ 303 stimmt mit Art. 1295 Abs. 2 c. c. bezüglich der Aufrechnungsbefugnisse des cedirten Schuldners überein; nur die in Art. 1295 Abs. 1 statuirte Vermuthung des Verzichtes auf diese Befugnisse ist nicht aufgenommen; die Beschränkung dieser Vermuthung lediglich auf die Einrede der Aufrechnung, wie sie in der französischen Jurisprudenz anerkannt war, hat keine innere Berechtigung; die Ausdehnung auf alle Einreden weisen die Motive (S. 130) mit Recht ab, indem es der Beurtheilung im einzelnen Falle überlassen bleiben muß, welchen Werth solche Anerkenntnisse der Cession haben.

§ 304 setzt zum Schutze des Schuldners fest, daß, wenn er in Unkenntniß von der Uebertragung den bisherigen Gläubiger bezahlt oder sonst ein Rechtsgeschäft mit demselben geschlossen hat, dies der neue Gläubiger gelten lassen muß. Auf dem Standpunkt des französischen Rechts ist diese Bestimmung selbstverständlich, wenn auch in Art. 1691 c. c. überflüssiger Weise die obige erstere Alternative ausdrücklich sanktionirt ist.

Desgleichen versteht sich die Bestimmung des § 305 für den Fall mehrerer successiver Cessionen im französischen Rechte von selbst.

Die Vorschriften der §§ 306 und 307 bezwecken die Sicherung des Schuldners für die Fälle, wenn ihm vom bisherigen Gläubiger die Uebertragung der Forderung angezeigt war, während sie in Wirklichkeit nicht statt hatte oder ungiltig war, und der Schuldner mit dem angeblich neuen Gläubiger sich eingelassen, oder (§ 307) an den durch gerichtliche Anordnung bestimmten Gläubiger bezahlt hat, während diese zu dieser Zeit schon wieder aufgehoben war.

Indem der Entwurf bestimmt, daß die bloße Anzeige der Uebertragung dem Schuldner für alle Fälle bis zum Widerrufe derselben ermächtigt, mit dem neuen Gläubiger sich einzulassen, steht er auf dem Boden des französischen Rechtes; er geht nur weiter, indem er selbst für den Fall, daß der Schuldner die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der zu Grunde liegenden Abtretung gekannt hat, ihm diesen Schutz gewährt, weil er die Anzeige als ein selbständiges, einseitiges

Rechtsgeschäft des Gläubigers gegenüber dem Schuldner ansieht, welches den allgemeinen Grundsätzen über solche Rechtsgeschäfte unterliegt und mit dem Rechtsgeschäfte der Abtretung selbst nichts zu thun hat.

Wenn der Schuldner in einem solchen Falle sich an einer unerlaubten Handlung betheiligt, ist er trotz seiner formellen Berechtigung nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich.

§ 308 wäre ganz unnöthig, wenn sich der Entwurf auf den Standpunkt des Art. 1690 c. c. stellen würde.

§§ 309 und 310 regeln die Abtretung fremder Forderungen analog den Bestimmungen der §§ 830 [1], 876 Abs. 1 für den Fall der Verfügung über fremde Sache enthaltenen Vorschriften, und sprechen hier den Grundsatz des vollen Konvaleszenzprinzipes, sei es durch nachträgliche Genehmigung, sei es durch Beerbung aus, soferne nicht im letzteren Falle das beneficium inventarii wirksam wird.

Trotz der Vorschrift des Art. 1599 c. c. ist die überwiegende Anzahl der französischen Rechtslehrer und die konstante Praxis der nämlichen Ansicht für das französische Recht, so daß die Bestimmungen des Entwurfes, da sie diese Anschauung kodifiziren, den Streit abschließen.

§ 311 verallgemeinert im Interesse der Kassenbeamten und Ordnung der Kassenführung die Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes und Reichsmilitärgesetzes.

§ 312 überträgt die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen und über Zulässigkeit der Pfändung solcher auf die Uebertragung und Pfändung anderer veräußerlicher Rechte, und schafft hier gegenüber dem französischen Rechte (Art. 1598 und 1698 c. c. und Aubry und Rau § 359 Ziff. 1) nichts Neues. — Was nicht veräußerlich ist, kann nicht übertragen werden; wenn jedoch die Ausübung des betreffenden Rechtes einem Andern überlassen werden kann, ist dies Recht insoweit pfändbar, vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Vorschrift wie eine solche bezüglich der Rechte aus der ehelichen Nutznießung in § 1298 statuirt wird.

§ 313 bestimmt, daß, wenn Jemand sein ganzes gegenwärtiges Vermögen (nach § 350 nur in notarieller oder gerichtlicher Form zulässig) oder eine ihm angefallene oder ihm übertragene Erbschaft (§ 488, § 500 Abs. 1) oder Bruchtheile solcher Massen einem Andern zu übertragen verpflichtet ist, in Ansehung aller zu diesen Massen gehörigen Rechte, zu deren Uebertragung gemäß

§§ 293 und 312 der dingliche Abtretungsvertrag genügt, der generelle Abtretungsvertrag zulässig und genügend ist, um den Uebergang jener Rechte auf den Erwerber zu bewirken, und daß ein solcher genereller Abtretungsvertrag auch die zur Zeit nicht bekannten, zu den betreffenden Massen gehörigen abtretbaren Rechte ergreift.

Voraussetzung ist nur, daß der Wille der Parteien dahin gerichtet ist, daß in dem zur Vermögensübertragung verpflichtenden Rechtsgeschäfte der erwähnte generelle Abtretungsvertrag zu finden ist. Dies wird wohl fast immer der Fall und selten die Absicht der Parteien eine entgegengesetzte sein.

Die Bestimmungen des Art. 1696—1698 über den Erbschaftskauf gehören nicht zu den Bestimmungen über die Sondernachfolge als solche und den Abtretungsvertrag, sondern werden unter dem Titel „Kauf" in den §§ 488 sequ. behandelt. Die Zulässigkeit der Abtretung streitiger Rechte folgt aus § 236 C. P. O., den Art. 1699—1701 c. c. entsprechende Vorschriften hat der Entwurf mit Recht nicht aufgenommen.

II. Schuldübernahme.

Dem römischen Rechte sowohl als dem französischen war eine Sondernachfolge in die passive Seite der obligatio fremd. Nach beiden Systemen konnte, namentlich durch Vertrag, ein Wechsel in der Person des Schuldners nur in der Weise bewerkstelligt werden, daß an die Stelle der vorhandenen Obligation eine neue gesetzt wurde, durch die beiden Formen der Novation: delegatio und expromissio (code civil Art. 1271 Ziff. 2; 1274—1277 und 1279).

Die Doktrin und Praxis des gemeinen Rechtes hat, einem lebhaft empfundenen Bedürfniß Rechnung tragend, von jeher über das römische Recht hinausgedrängt und anerkannt, daß unter Aufrechthaltung der Identität der Obligation an die Stelle des bisherigen Schuldners durch Vertrag ein neuer gesetzt werden kann.

Indem der Entwurf diesen Satz anerkennt, trägt er den Verkehrsbedürfnissen Rechnung.

Es ist kein Zweifel, daß der Wille der Parteien meist darauf gerichtet ist, daß alle Beziehungen des Forderungsrechtes bestehen bleiben und nur die Person des Schuldners geändert werden soll, sei es aus ökonomischen oder sonstigen Gründen.

Es muß irgend eine Form gefunden werden, in welcher dies am leichtesten geschehen kann. Kann dies nur auf dem Wege der

Novation geschehen, so wird unnatürlicher Weise der selten vorkommende Fall, daß der Wille der Parteien auf eine Neukreirung des ganzen Schuldverhältnisses geht, zum Prinzip erhoben und sieht sich der Gesetzgeber genöthigt, um dem praktischen Bedürfnisse zu genügen, zu statuiren (Art. 1278 c. c.), daß trotz der Novation der Gläubiger sich die Rechte aus der alten Forderung vorbehalten kann.

Das logisch und praktisch Richtige ist dagegen sicherlich die Konstruktion der Schuldübernahme mit Aufrechthaltung des Inhaltes der Obligation; daneben steht es den Parteien frei, diese Schuldübernahme im Wege der Neukreirung eines Schuldverhältnisses zu bethätigen.

Die §§ 314 und 315 regeln die beiden Arten der Schuldübernahme; der erste den Fall des Vertrages zwischen Gläubiger und dem Schuldübernehmer; der zweite den des Vertrages zwischen Schuldner und Schuldübernehmer. Entgegen den Grundsätzen über die Sondernachfolge in die Forderung ist die letztere Art (delegatio) erst wirksam mit Genehmigung des Gläubigers, welche zu verschaffen der Schuldübernehmer verpflichtet ist; ohne eine solche ist eine Sondernachfolge in die Schuld nicht möglich, weil durch die Einrückung eines neuen Schuldners an die Stelle des alten die Interessen des Gläubigers selbstverständlich erheblich alterirt werden können; dagegen ist im Falle des § 314 die Einwilligung des alten Schuldners nicht nöthig, obwohl selten es vorkommen wird, daß Jemand gegen den Willen desselben seine Schuld zu zahlen übernehmen wird.

Der Schuldübernahmevertrag ist gleichfalls dinglicher Natur; ein sogenannter Veräußerungsvertrag, und als solcher formfrei und perfekt unter den Parteien mit dem Abschluß auch im Falle des § 315; das Erforderniß der Genehmigung des Gläubigers ist nur zur Wirksamkeit des Vertrages diesem gegenüber bedeutungsvoll. Bei Uebernahme einer Schuld an Stelle eines zu zahlenden Kaufpreises gilt nach § 318 Abs. 2 erst mit der Genehmigung des Gläubigers derselbe als bezahlt.

§ 316 giebt dem Prinzipe, daß bei der Sondernachfolge in die Schuld wegen Aufrechterhaltung der Identität der neue Schuldner alle Einwendungen machen kann, wie der alte, Ausdruck durch das Setzen der selbstverständlichen Ausnahmen, daß solche Einreden, welche sich lediglich auf die bisherige Schuldnerperson bezogen, dem neuen Schuldner nicht zustehen und daß er nicht mit Forderungen des alten Schuldners aufrechnen kann; endlich die aus der abstrakten Natur des

Schuldübernahmevertrages herrührende Bestimmung, daß der Schuldübernehmer aus dem der Schuldübernahme zwischen ihm und dem seitherigen Schuldner zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft keinen Einwand herleiten darf.

Ebenso selbstverständlich wie § 316 ist § 317, welcher in Abs. 1 von den Nebenrechten der Forderung nur die Bürgschaft und die Verpfändung durch Dritte erlöschen läßt, da gewöhnlich nur unter Würdigung der Person und Zahlungsfähigkeit des Schuldners Dritte sich zu solchen Garantien herbeilassen.

Kann der Gläubiger beweisen, daß die Bürgschaft ohne Rücksicht auf die Person des bisherigen Gläubigers übernommen wurde, oder gehörte der Gegenstand des Pfandrechtes zur Zeit der Schuldübernahme, dem Schuldner selbst, so bleiben die Nebenrechte fortbestehen.

Auch Abs. 2 ist selbstverständlich; denn, wenn z. B. Jemand die an einen Arzt zu zahlende, nach § 54 Ziff. 4 K. O. privilegirte Schuld übernimmt, und er geräth in Konkurs, kann sich ihm gegenüber der Arzt nicht auf das genannte Privileg berufen; es geht nicht an, daß durch solche Rechtsgeschäfte in die Rangordnung eingegriffen wird, welche das Gesetz für die Gläubiger einer Person mit zwingender Wirkung bestimmt hat.

§ 318 regelt die sogenannte Erfüllungsübernahme, ein Institut, ähnlich dem des Art. 1277 c. c. — Die Frage, was in diesem Falle der Dritte leisten muß, ist dahin entschieden, daß ihm nur obliegt, dafür einzustehen, daß der Gläubiger den Schuldner nicht in Anspruch nimmt. Besteht Zweifel, ob eine Schuld- oder nur Erfüllungsübernahme vorliegt, ist für Letztere zu entscheiden.

Abs. 2 des § 318 regelt den Fall, daß beim Kaufvertrag die Vereinbarung, daß auf den Kaufpreis eine Schuld des Verkäufers vom Käufer zu übernehmen sei, bis zur Genehmigung des Gläubigers nur als Erfüllungsübernahme anzusehen sei.

Diese Frage ist hauptsächlich praktisch für den Fall der Veräußerung eines hypothekarisch belasteten Grundstückes, in der Richtung, inwieweit der Verkäufer, dem gegenüber der Käufer die Zahlung der Hypotheken auf den Kaufpreis übernommen hat, trotzdem noch persönlich in Anspruch genommen werden kann.

Nach französischem Rechte ist der Verkäufer so lange persönlich verhaftet, als nicht durch eine förmliche Novation der Gläubiger den Käufer als Schuldner angenommen hat. —

Die Bedürfnisse des Verkehrs haben nun im Interesse des Ver-

käufers und des Verkehrs auf eine anderweitige Regelung gedrängt; so bestimmt ein — nicht für die Pfalz geltendes — bayerisches Gesetz vom 29. Mai 1886, daß die Schuldübernahme in einem solchen Falle als genehmigt gilt, wenn der Hypothekargläubiger nach der Anzeige derselben und einer Aufforderung, sie zu genehmigen, nicht innerhalb 6 Monaten die Verweigerung der Genehmigung erklärt. Dies Präjudiz ist viel praktischer, als das in § 315 Abs. 2 aufgestellte gegentheilige. Entschieden würde die Aufnahme einer derartigen Bestimmung für die Uebernahme hypothekarischer Schulden der komplizirten und unpraktischen Bestimmung des § 318 Abs. 2 vorzuziehen sein. Ein Zwang auf den Gläubiger läßt sich hier rechtfertigen, da ja seine Forderung realiter sichergestellt und daher der Wechsel in der Person des Schuldners nicht von so großem Interesse für ihn ist, wie bei bloß persönlichen Schulden; anderseits hat der Verkäufer das größte Interesse, nicht in infinitum eine persönliche Haftung zu prästiren, welche im Augenblicke des Kaufabschlusses vielleicht gar nicht drückend war, später aber in Folge veränderter Verhältnisse es werden kann. Endlich ist diese Art der Schuldübernahme im Immobiliarverkehr eine so häufige, daß sie nicht erschwert werden darf. Die Regelung der Frage im genannten bayerischen Gesetze ist eine einfache und allen Ansprüchen gerechte Rechnung tragende.

§ 319 behandelt die vertragsmäßige Uebernahme eines ganzen Vermögens oder von Bruchtheilen (desselben) lese: eines solchen. —

Das französische Recht hat sie nur geregelt bezüglich der Uebernahme einer Erbschaft. Die modernen Bedürfnisse drängen aber auf eine allgemeine Regelung.

Nach dem Entwurfe haftet im Falle der Vermögensübernahme der Schuldübernehmer den Gläubigern persönlich für alle zur Zeit der Uebernahme vorhandenen Schulden, jedoch nicht über den Werth des Vermögens. Es hat also der Gläubiger sofort eine direkte Klage gegen den Schuldübernehmer, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners.

Diese Regelung entspricht entschieden dem Bedürfnisse und den Anschauungen des neueren Verkehrs; ich verweise nur auf die sogenannten Vermögensübergaben gegen Statuirung von gewissen Vorbehaltsrechten 2c.

Hier war nach französischem Rechte der Uebernehmer nur dann für die Schulden persönlich haftbar, wenn er diese durch den Vertrag übernahm. Indem der Entwurf diese Uebernahme stillschweigend als

im Abschlusse solcher Verträge von selbst liegend annimmt, andernseits aber den Uebernehmer nur bis zur Höhe des Werthes der Aktiven haften läßt, trägt er allen Bedürfnissen gebührende Rechnung, zudem nur der Werth zur Zeit der **Uebergabe** entscheidend ist, so daß ein zwischen Abschluß des Vertrages und der Uebergabe ohne Verschulden des Uebernehmers eintretende Verminderung des Werthes ihm nicht zu Lasten fällt.

Unumgänglich nöthig war die Aufstellung eines absoluten Verbotes, daß bei Uebernahme eines ganzen Vermögens bezüglich der Schuldenhaftung andere Grundsätze vereinbart werden.

Fünfter Titel.

Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern.

§ 320 spricht in Uebereinstimmung mit dem gemeinen und französischen Rechte den Grundsatz aus, daß, wenn bei einem Schuldverhältnisse eine Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern vorhanden ist, bei Theilbarkeit der Leistung auch die Schuld resp. Forderung getheilt sei, „wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist."

Der Entwurf kennt nur eine rechtliche Konstruktion dieser Ausnahme, „das Gesammtschuldverhältniß".

Mit Recht hat er die scharfsinnige Unterscheidung der „Korrealität" und der bloßen „Solidarität" nicht aufgenommen, da hierfür ein praktisches Bedürfniß nicht besteht. Auch der code civil kennt diese Unterscheidung nicht; zwar haben einzelne Schriftsteller, z. B. Aubry und Rau, § 298 ter Note 6 unterschieden zwischen „solidarité parfaite und imparfaite"; allein allgemein anerkannt wurde derselbe weder in der Theorie, noch in der Praxis.

Abs. 2 des § 321 verlangt, daß bei der Eingehung eines Gesammtschuldverhältnisses die Absicht, ein solches zu begründen, aus dem Rechtsgeschäfte erhellen müsse, und giebt eine zwar entsprechende, aber selbstverständliche Auslegungsregel. — Durch das Gesetz begründete Fälle des Gesammtschuldverhältnisses zeigen z. B. die §§ 673, 713 und 714.

Neben dem Entwurfe bleiben selbstverständlich die Bestimmungen der Reichsgesetze in Kraft, welche für gewisse Rechtsverhältnisse Solidarität festsetzen, also z. B. Art. 280 des Handelsgesetzbuches ꝛc.

§ 322 deckt sich mit Art. 1201 und 1208 Alinea 1 c. c.

§ 323 bringt eine bedenkliche und unpraktische Neuerung.

Nach Windscheid § 296 und Art. 1198 c. c. gilt bei der aktiven Solidarobligation des sogenannten „Präventionsprinzip"; hat einer der Gläubiger den Schuldner gerichtlich verfolgt, so darf dieser an keinen andern mehr leisten. Der Entwurf steht auf dem entgegengesetzten, gemeinrechtlich weit verbreiteten Standpunkte. Dadurch kann der Schuldner in die unangenehme Lage kommen, nicht bloß mit einem, sondern mit allen seinen Gläubigern sich in Rechtsstreite einlassen zu müssen. Aus dem Wesen der „Gesammtberechtigung" läßt sich dieser Standpunkt nicht völlig rechtfertigen; vielmehr muß die gerichtliche Geltendmachung der Forderung Seitens eines Gläubigers gerade als die hauptsächlichste Bethätigung des Zweckes des Gesammtschuldenverhältnisses, Sicherung und Erleichterung der Rechtsverfolgung (Motive zu § 323) erachtet werden und daher mit dieser Erreichung des Zweckes die übrigen Gläubiger vor der Hand von weiteren Maßnahmen ausschließen.

§ 324 deckt sich mit den Bestimmungen des französischen Rechtes (Art. 1203, 1204, 1210—1212 c. c.).

§ 325 läßt die culpa eines Subjektes nur wirken für und gegen denjenigen, dem sie zur Last fällt. Der Standpunkt des Entwurfes, welchen auch Windscheid für das gemeine Recht vertheidigt, ist logisch richtig und daher dem Art. 1205 c. c., welcher zwar die Mitschuldner nicht für das Interesse, aber für die vera aestimatio haften ließ, vorzuziehen.

§ 326 behandelt den Einfluß des Verzuges auf das Gesammtschuldverhältniß und läßt denselben in Durchführung des im § 325 aufgenommenen Grundsatzes und im Gegensatze zu Art. 1105 c. c. nur „subjektiv" wirken; natürlich ist es anders, wenn das betreffende Obligationssubjekt bei der Mahnung oder (bei der aktiven Solidarobligation) bei dem Anerbieten zugleich im Namen der übrigen Subjekte gehandelt hat.

§ 327 spricht dem rechtskräftigen Urtheile, welches nicht zwischen allen Subjekten ergeht, nur subjektive Wirkung zu. Diese Bestimmung entspricht dem Grundsatze des § 192 und es ist aus dem Wesen des Gesammtschuldverhältnisses eine Aenderung nicht mit Nothwendigkeit abzuleiten, da ja verschiedene Aufhebungsthatsachen nicht objektiv, sondern nur subjektive wirken, auch die Entscheidungsgründe eines Urtheils nach § 293 C. P. O. der Rechtskraft entbehren, so daß z. B. im Falle eines abweisenden Urtheils der Motivirung, daß

ein Gesammtschuldverhältniß **überhaupt** nicht zur Entstehung gelangt oder **objektiv** erloschen sei, rechtsentscheidende Bedeutung nicht zukommt. Uebrigens wird in der Praxis das Mittel der Beiladung verschiedenartige Urtheile verhindern.

§ 327 entspricht dem französischen Rechte; nur wollen einzelne Rechtslehrer (Zachariae, Aubry und Rau) bei der aktiven Solidarobligation dem Schuldner das Recht zugestehen, den übrigen Gesammtgläubigern das gegen ein erstrittenes obsiegendes Urtheil für dessen Antheil entgegenzusetzen. Diese Anschauung ist mit den Grundsätzen des Gesammtschuldverhältnisses absolut unvereinbar.

§ 328 erscheint selbstverständlich und, obwohl im Gesetze „kein die Bestimmungen über das Gesammtschuldverhältniß beherrschendes Prinzip" ausgesprochen ist, überflüssig.

§ 329 erklärt als objektiv wirkende Thatsachen in Uebereinstimmung mit Art. 1197 und 1200 c. c. die Erfüllung und von den Erfüllungssurrogaten die Hinterlegung und datio in solutum.

Nach § 330 wirkt die einem Obligationssubjekte zustehende Einrede der Aufrechnung nicht objektiv aufhebend, konform der Bestimmung des Art. 1294. Dagegen wirkt nach § 331 die „**durchgeführte Kompensation**", was allgemein auch jetzt schon anerkannt ist (Windscheid § 295, 1 und § 298; Aubry und Rau § 298 ter Texte und Note 20) weil sie der Erfüllung gleichgestellt ist, objektiv befreiend.

§ 332 gibt dem Erlasse für beide Formen des Gesammtschuldverhältnisses objektive Wirkung nur, „wenn die Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses gewollt ist"; es hat also derjenige, der sich auf den Erlaß beruft, diese Willensmeinung zu beweisen. Art. 1285 c. c. läßt den Erlaß beim passiven Gesammtschuldverhältniß immer objektiv wirken „soferne nicht der Gläubiger sich ausdrücklich die Rechte gegen die Andern vorbehalten hat".

Beim **aktiven** Gesammtschuldenverhältniß wirkt der Erlaß nach Art. 1198 c. c. immer nur subjektiv.

Was vor Allem die Gleichstellung beider Formen des Gesammtschuldverhältnisses betrifft, so lassen sich dieser Bedenken entgegenstellen. Allein diese Bedenken werden theilweise durch die Erwägung beseitigt, daß z. B. durch Verstecken des Erlasses in eine Quittung die gegentheiligen Bestimmungen umgangen werden können, theilweise durch die dem Schuldner im § 332 auferlegte Beweislast. —

Mir scheint es praktischer und folgerichtiger zu sein, den § 332 zu fassen in einer dem Art. 1285 c. c. entsprechenden Form:

„Falls nicht der Gläubiger die Rechte seiner Mitgläubiger oder die Rechte gegen die andern Mitschuldner sich ausdrücklich vorbehält."

Der Erlaß hebt das Forderungsrecht auf; logisch ist daher seine objektive Wirkung beim Gesammtschuldverhältniß; ist dies nicht gewollt, so hat der zu beweisen, welcher sich auf diese Ausnahmewirkung beruft.

§ 333 entspricht dem französischen Rechte (Art. 1209 und 1301).

§ 334 bestimmt, daß, wenn die Erfüllung nur für die Person eines Gesammtschuldners oder nur an die Person eines Gesammtgläubigers unmöglich wird, hierdurch nicht die Obligation erlischt.

Abs. 2 ist lediglich eine selbstverständliche Konsequenz des § 325. Die hier einschlägige Bestimmung des code civil (Art. 1205) wurde oben besprochen.

§ 335 giebt im Gegensatze zum gemeinen und französischen Rechte (c. c. Art. 1199, 1206 und 2249) der Unterbrechung und Hemmung der Verjährung nur subjektive Wirkung, und befindet sich hiermit im Einklange mit Art. 80 der Wechselordnung und Art. 148 des Handelsgesetzbuches.

Dem Entwurfe ist beizustimmen, da ja jeder Gesammtgläubiger resp. Gesammtschuldner durch die Klage resp. Anerkennung nur sein eigenes Geschäft besorgt und die Annahme, daß ein gegenseitiges Bevollmächtigungsverhältniß unter den einzelnen Obligationssubjekten bestehe, keinen gerechtfertigten Anhaltspunkt hat.

§ 336 giebt in Konsequenz des im § 335 angenommenen Grundsatzes auch der vollendeten Verjährung nur subjektive Wirkung.

Die §§ 337 und 338 behandeln das innere Verhältniß der mehreren Obligationssubjekte zu einander. Hier nimmt der Entwurf aus praktischen, zutreffenden Erwägungen in § 337, Alinea 1 den Standpunkt des französischen Rechts (c. c. Art. 1213—1216) ein, daß im Verhältnisse zu einander die Gesammtgläubiger zu gleichen Antheilen berechtigt, die Gesammtschuldner zu gleichen Antheilen verpflichtet sind. Eine Ausnahme giebt nur das Gesetz (z. B. §§ 338, 713 und 1696) oder das betreffende Rechtsgeschäft.

Alinea 2 und 3 entsprechen den Art. 1215 Ziff. 3 und 1214 c. c.

§ 338 versagt bei Gesammtschuldnern „aus widerrechtlicher Handlung" demjenigen, welcher vorsätzlich gehandelt hat, den Regreß gegen die übrigen Gesammtschuldner. Im französischen Rechte

bestand diese Ausnahme nicht; allein aus ethischen Gründen erscheint sie gerechtfertigt.

Die §§ 339—341 behandeln die untheilbare Leistung beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger oder Schuldner, ohne daß ein Gesammtschuldverhältniß vorliegt (code civil Art. 1222—1225).

Haben mehrere Gläubiger eine untheilbare Leistung zu fordern, so steht nach Art. 1224 c. c. jedem Einzelnen das Recht zu, die Leistung zu begehren, und wird der Schuldner durch Leistung an ihn befreit.

Nach § 339 ist dies nur der Fall, wenn durch die an einen Gläubiger gemachte Leistung auch die übrigen befriedigt werden z. B. bei Herstellung einer Allen gleichmäßig dienenden Wasserleitung.

Ist dies nicht der Fall, z. B. wenn mehrere die Leistung einer deponirten Sache zu fordern haben, so sind — nach dem Vorgange des preußischen Rechts — nur alle Gläubiger zusammen die Leistung zu fordern berechtigt.

Wenn diese Bestimmung prinzipiell richtig ist, so ist die gegentheilige des französischen Rechts doch viel praktischer. Die Motive müssen selbst anerkennen, daß bei Renitenz eines Gläubigers, ungeachtet der einzelne die Leistung an alle Gläubiger verlangen kann, im Zwangsvollstreckungsverfahren unbesiegliche Hindernisse sich entgegenstellen werden.

Unter solchen Umständen wäre § 339 Alinea 1 zu formuliren:

Haben ...... zu fordern, so darf der Schuldner an jeden Gläubiger leisten; jeder der Gläubiger darf die Leistung begehren.

§ 339 Alinea 2 bestimmt, daß jede Thatsache, welche sich nur in der Person eines Gläubigers ereignet, nicht für und gegen die andern Gläubiger wirkt, wie Art. 1224 Alinea 2 für den Fall des Erlasses normirt.

Während nun aber diese Gesetzesstelle weiter bestimmt, daß in solchen Fällen der Gläubiger, welcher dann die untheilbare Leistung fordert, dem Schuldner den Antheil des Erlassenden zu vergüten habe, will der Entwurf die Frage nicht entscheiden, ob eine z. B. durch Erlaß, Verjährung, Vereinigung ꝛc. bezüglich einer Gläubigerperson die Obligation lösende Thatsache den andern Gläubigern zu Gute kommen soll oder wie Art. 1224 bestimmt, dem Schuldner.

Das Letztere dürfte dem Willen der Parteien und der Billigkeit entsprechen, während allerdings die strenge Konsequenz aus der Untheilbarkeit zur ersteren Alternative führt.

§ 340 bestimmt, daß, wenn mehrere Schuldner untheilbar zu leisten haben, jeder das Gange zu leisten hat, und beurtheilt das Rechtsverhältniß ganz nach dem Gesammtschuldverhältniß, in Uebereinstimmung mit Art. 1222 c. c.

§ 341 schließt sich an das geltende Recht an, indem er das Prinzip des § 320 auch auf die untheilbare Leistung ausdehnt, falls dieselbe sich in eine theilbare Leistung umwandelt z. B. Schadenersatzforderung statt der ursprünglichen Leistung.

Schlußbetrachtung.

Die Bestimmungen des Entwurfes über „Schuldverhältnisse im Allgemeinen" werden nicht vielem Tadel ausgesetzt sein.

Die erprobten Grundsätze des römischen Rechtes sind unter Berücksichtigung der neueren wissenschaftlichen Ergebnisse, namentlich der ausgezeichneten Arbeiten Windscheid's, und unter entsprechender Anpassung an die veränderten modernen Wirthschafts- und Verkehrsverhältnisse musterhaft geordnet. Wenn der Praktiker vielleicht auch die eine oder andere Bestimmung im Interesse der Vermeidung unnöthiger Prozesse geändert sehen will, so stößt dieser Umstand obiges Urtheil nicht um.

Gegenüber dem französischen Rechte, welches hier ja auch auf dem Boden des römischen Rechts steht, ist der Entwurf, wenn auch die materiellen Aenderungen nicht bedeutend sind, durch seine logische Ordnung des Stoffes, Kürze und Präzision des Ausdrucks ein hochwillkommener Fortschritt. —

Buch IV. Familienrecht. Abschnitt 1 Ehe.

Von dem Königl. Advokaten Rechtsanwalt Dr. Berolzheimer in Nürnberg.

Buch IV.
Familienrecht.
Erster Abschnitt.
Ehe.
Erster Titel.
Eingehung der Ehe.
I. Verlöbniß.
1.
§§ 1227—1230.

Die Bestimmungen des Entwurfs über das Verlöbniß und seine Wirkungen sind durchgreifend und durchsichtig: sie dezimiren diese Wirkungen, so daß der positiv rechtliche Vermögenswerth des Verlöbnisses fast auf den Nullpunkt sinkt, und stehen auf dem Standpunkt, auf dem der bayrische oberste Gerichtshof von jeher bei unwirksamen außergerichtlichen Eheverlöbnissen stand.

Urtheil des obersten Gerichtshofs vom 19. Mai 1874. Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofs für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses Bd. IV. S. 290.

Die Verlöbnißwirkung besteht hiernach in dem binnen Jahresfrist geltend zu machenden Ersatzanspruch des vertragsgetreuen Theiles bezüglich der von ihm und seinen Eltern in Erwartung der Eheschließung gemachten Aufwendungen, eingegangenen Verbindlichkeiten

oder sonst getroffenen Verfügungen; auch wird das Rückforderungsrecht hinsichtlich bräutlicher Geschenke beschränkt.

Vergleiche auch Motive Bd. II. S. 753.

Gesetzgeber und Richter haben auf dem bequemen Ruhekissen dieser Bestimmungen einen leichten Stand: sie gehen rechtlichen und thatsächlichen Verwickelungen und schwierigen Schadensprozessen meilenweit aus dem Weg. Mit solchen Radikalkuren wird aber immer ein gutes Stück materiellen Rechtes getödtet, ein tiefer Einschnitt in das Rechtsgefühl vollzogen. Das arme Dienstmädchen, das mangels materieller Mittel keine Aufwendungen machen, mangels Kredits keine Verbindlichkeiten eingehen konnte, fällt mit seinem Schadensersatzanspruch gegen den vertragsungetreuen reichen Verlobten durch.

Es könnte dies vermieden werden, ohne daß deshalb schwierige Schadensprozesse die Folge wären, wenn eine dem § 113 Thl. II Tit. 1 des preußischen Landrechts nachgebaute Bestimmung:

> Liegt ein schriftlicher Verlobungsvertrag vor und ist in demselben auf den Fall des Rücktritts eine bestimmte Geldsumme als Entschädigung vorbedungen, so hat es hierbei sein Bewenden

unter gleichzeitiger Aenderung des § 424 des Entwurfs Eingang fände.

2.

II. Ehehindernisse und III. Eheschließung.

Die Bestimmungen über Ehehindernisse (§§ 1231—1244) und Eheschließung (§§ 1245—1249) reproduziren die bewährten Bestimmungen des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875.

Die wichtigste Abweichung besteht darin, daß die Töchter nicht bis zum zurückgelegten 24., sondern wie die Söhne bis zum zurückgelegten 25. Lebensjahre der Einwilligung des Vaters zur Eheschließung bedürfen, daß — eine Aenderung, wofür wir uns nicht begeistern können — die Klage auf richterliche Ergänzung des Verehelichungskonsenses nicht mehr, wie bis jetzt

vergl. Bl. für Rechtsanwendung Bd. 42 S. 206

nur großjährigen, sondern auch minderjährigen Kindern zusteht, und daß jetzt nach dem Vorbild des französischen und des sächsischen Rechtes auch die Ehe zwischen dem Annehmenden und den Abkömmlingen des Angenommenen verboten wird und zwar auch dann,

wenn auf diese Abkömmlinge die Annahme an Kindesstatt sich nicht erstreckt hat.

Die Bestimmungen betreff der Eheschließung geben zu keinerlei Beanstandung Anlaß; zu begrüßen ist insbesondere, daß die wesentlichen Formen der Eheschließung von den unwesentlichen scharf geschieden und die ersteren auf ein möglichst geringes Maß beschränkt sind.

3.

IV. Ungültigkeit der Ehe.

Als Anmerkung zu diesem Unterabschnitt sind verschiedene das Verfahren in Ehesachen, insbesondere auch die Nichtigkeitsklage, betreffende Aenderungen und Ergänzungen der Civilprozeßordnung angeführt.

Zwei dieser Bestimmungen, nämlich §§ 573a und 575a zweiter und dritter Satz sind zu beanstanden.

§ 573a lautet:

> Zur Führung des Rechtsstreites bedarf der Bevollmächtigte des klagenden Ehegatten einer besondern, auf diesen Rechtsstreit gerichteten Vollmacht. Das Gericht hat den Mangel einer solchen Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen.

§ 575a lautet:

> Die Anfechtungsklage kann von dem Kläger zu jeder Zeit auch ohne Einwilligung des Beklagten zurückgenommen werden.
>
> Der Bevollmächtigte des Klägers bedarf zu der Zurücknahme einer besondern, hierauf gerichteten Vollmacht.
>
> Das Gericht hat den Mangel einer solchen Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen.

Noch stehen zwar die Motive zu diesen Bestimmungen aus; es kann aber schon jetzt gesagt werden, daß sie, da zu den Bevollmächtigten auch die Prozeßbevollmächtigten und zwar in erster Linie zu rechnen sein werden, von einem nicht gerechtfertigten Mißtrauen gegen den Anwaltstand eingegeben sind.

Gerade der bayrische Anwaltstand kann von den Erfahrungen im Vollmachtspunkte unter den verschiedenen Prozeßordnungen sprechen.

Bis zum Jahre 1870 wurde die Beibringung der Vollmacht sogleich im Anfang des Prozesses von Amtswegen, nöthigen Falls unter Androhung von Geldstrafen gefordert

Seuffert Kommentar zur Gerichtsordnung Bd. II S. 372.

Von 1870—1879 bedurfte nach Art. 89 der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern der für eine Partei auftretende Advokat im Anwaltsprozesse keines besondern Nachweises der Bevollmächtigung.

Seit 1879 hat der Anwalt die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht, die, wenn sie eine Privaturkunde ist, auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt sein muß, nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben

Art. 76 der R. C. P. O.

Die Praktiker werden bestätigen, daß die Bestimmungen des Art. 89 der Prozeßordnung für Bayern keine Mißstände im Gefolge hatten, und daß die formellen Erschwerungen des Bevollmächtigungsnachweises grund- und zwecklos sind.

4.

Im Uebrigen geben die materiellen Vorschriften dieses Titels betreff nichtiger Ehen zu Beanstandungen keinen Anlaß: nur dürfte der Schlußsatz des § 1256 „sofern dieser nicht an dem Prozesse Theil genommen hatte" in „sofern diesem nicht der Streit verkündet worden war" abzuändern sein.

Denn es muß den Parteien die Möglichkeit gegeben sein, den subjektiven Umfang der Rechtskraft des Urtheils auch auf den Dritten zu erstrecken, mit welchem die frühere Ehe geschlossen war; diese Nichterstreckung vom Belieben des Dritten abhängen zu lassen, besteht kein Grund.

Konsequent wäre dann allerdings die gleiche Aenderung in § 1632 Abs. 1 s. f.

5.

Was die Vorschriften hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Ehen betrifft, so dürften die Gründe nicht durchschlagend sein, welche gegen die Zulassung der Anfechtung der Ehe wegen Irrthums des einen Theiles über sogenannte wesentliche Eigenschaften oder Verhältnisse des andern Theiles maßgebend waren.

Das geltende Recht nimmt überwiegend den entgegengesetzten Standpunkt ein: das Postulat der „Verhehlung" wie es die Ziffer 1 fordert, läßt den Irrenden, dem Nichts „verhehlt" wurde, der sich aber in einem entschuldbaren Irrthum befand, außerdem rechtlos erscheinen, zumal ein fahrlässiges Verhalten des andern Theils

die Anfechtung nicht begründet, und die auf inneren Gründen beruhende Impotenz kein Anfechtungsgrund ist.

6.

Den zweiten Satz des § 1265: „die Vorschriften über den Anwaltszwang bleiben unberührt", halten wir für überflüssig: das Mißverständniß, als ob durch Satz 1 auch die Vorschrift des § 74 der R. C. P. O. über die Vertretung durch einen Anwalt berührt würde, kann wohl ernstlich nicht auftauchen. Im Gegentheile:

Durch diesen zweiten Satz könnte das Mißverständniß entstehen, als ob in andern Fällen, in welchen das Klagerecht an eine bestimmte Person geknüpft wird, die Vorschrift des § 74 berührt würde.

Zweiter Titel.

Wirkungen der Ehe.

I. Allgemeine Vorschriften.

7.

Die spinöse Materie betreff der Rückkehrpflicht der Frau ist mit einem glücklichen gesetzgeberischen Griff in § 1273 geordnet, obwohl die Frage, ob das Recht des Ehemannes, den Wohnort zu bestimmen, durch vorehelichen Vertrag beschränkt oder ausgeschlossen werden kann, vielleicht bejaht werden durfte.

Der Vater, der sein einziges Kind unter der Bedingung, daß der Schwiegersohn seinen Aufenthalt in derselben Stadt nimmt, demselben gibt, schließt gewiß keinen Vertrag gegen die guten Sitten (§ 106), und doch wird dem Vertrage durch § 1273 Giltigkeit und Klagbarkeit abgesprochen.

Wird insbesondere nur einem vor Abschluß der Ehe vereinbarten Vertrag Geltung zuerkannt, so entfallen die dem Abschluß des Vertrages von den Motiven entgegengehaltenen Bedenken.

8.

Nicht erwärmen können wir uns, wenn wir auch keinen Abänderungsantrag stellen, für eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, zumal da eine Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens im Wege der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen ist.

9.

Nicht einleuchtend erscheint uns die Begründung dafür (Motive S. 124, 203, 248), daß es nicht innerhalb des Rahmens der Unterhaltungspflicht des Ehemannes liegt, die durch die Vertheidigung der

Ehefrau in einem Strafverfahren verursachten Kosten, zu deren Erstattung sie verpflichtet ist, in Ermangelung eigenen Vermögens der Ehefrau aus eigenen Mitteln zu bezahlen.

Auch wenn die Vertheidigung nicht nothwendig ist, die Bestellung eines Vertheidigers auf Kosten des Staates daher nicht Platz greift, ist es ein Gebot der rechten ehelichen Gesinnung des Ehemannes im Sinne des § 1273, daß der Ehefrau, die die Aufstellung eines Vertheidigers wünscht, hierzu aber nicht die Mittel hat, dieser Anspruch nicht versagt wird. Es kann dies nicht in eine Reihe mit den Prozeßkosten (S. 125 der Motive) gestellt werden: in Civilprozessen handelt es sich nicht um Ehre und Freiheit.

10.

II. Eheliches Güterrecht.

Wenn die Motive S. 155 es als „unerläßliche Bedingung für ein in ganz Deutschland einzuführendes eheliches Güterrecht" bezeichnen, „daß es einfach, klar und praktisch leicht zu handhaben ist," so kann man kaum behaupten, daß diese Bedingung vom Entwurf erfüllt wurde. Was insbesondere die Einfachheit anlangt, so sind die Bestimmungen, welche Lasten der Ehemann im Falle des § 1297 für die Zeit der ehelichen Nutznießung und Verwaltung zu tragen hat, welche Verbindlichkeiten der Ehefrau im Falle des § 1362 nicht Gesammtgutsverbindlichkeiten sind, welche Verbindlichkeiten des Gesammtgutes im Falle des § 1367, welche Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten im Falle des § 1400, welche Verbindlichkeiten im Falle des § 1426 nicht dem Gesammtgute zur Last fallen, so kasuistisch und nicht durchsichtig, daß uns tiefes Mitleid mit den armen Rechtskandidaten erfaßt, die aus dem zweiten und dritten Titel des vierten Buches geprüft werden; es darf wohl die Behauptung aufgestellt werden, selbst der Redaktor dieser Bestimmungen könnte den einzelnen praktischen Fall nicht lösen, wenn er nicht vorher für diesen Zweck sein opus nachliest und studirt.

Die Einfachheit und Durchsichtigkeit wird auch gewiß nicht dadurch befördert, daß man bei dem Aufbau der allgemeinen Gütergemeinschaft neben dem Vorbehaltsgut auch Sondergut, diese Regel und Grundlage der Errungenschaftsgemeinschaft zuläßt, und nicht unwesentliche Beschränkungen des Prinzips der Ehevogtei statuirt.

Abgesehen hiervon so kann jeder Praktiker auf dem Standpunkt des Entwurfs stehen: er kann die einheitliche Regelung des Güter-

rechts begrüßen, er kann damit einverstanden sein, daß entsprechend dem Beschluß des 12. Juristentages das gesetzliche Güterrecht auf das Prinzip der Verwaltungsgemeinschaft, der Nutznießung und Verwaltung des Ehemannes — und zwar das Verwaltungsrecht nicht als potenzirtes Recht der ehelichen Nutznießung, und als Ausfluß der letztern, sondern als ein hiervon innerlich verschiedenes Recht — gegründet, daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft dieselbe Konstruktion, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, das Prinzip des deutschrechtlichen Miteigenthums zu Grunde gelegt wird, und daß auch die andern Hauptsysteme des ehelichen Güterrechts entsprechend dem Abtheilungsbeschluß des 13. Juristentags ihren gesetzlichen Ausbau als vertragsmäßige eheliche Güterrechte gefunden haben. Die Wohlthat, die hierdurch dem Recht Spendenden, dem Recht Vermittelnden und dem Recht Suchenden zu Theil wird, ist so gewaltig, daß wir schon deshalb allein das Gesetz mit allen seinen wirklichen und vermeintlichen Gebrechen begrüßen.

Daß namentlich der eheliche Güterstand in dem Ehevertrag, welch letzterer vor und nach Eingehung der Ehe geschlossen werden kann, nicht durch Bezugnahme auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Gesetz bestimmt werden kann (§ 1334), erscheint Jedem, der im Lande der 114 Peißl'schen bezw. 43 Roth'schen bayrischen Partikularrechte — die Motive sprechen für ganz Deutschland nur von weit über 100 geltenden ehelichen Güterrechten — amtirt, als eine Erlösung.

Nur folgende Bemerkungen greifen hier Platz:

11.

Für die bei einer Zuwendung unter Lebenden erfolgende Nebenbestimmung, daß die zugewendeten Vermögensgegenstände Vorbehaltsgut sein sollen, (§ 1287) dürfte sich zur Vermeidung von Komplikationen bei Auseinandersetzungen eine besondere Form empfehlen; nimmt man die Schriftlichkeit als genügend an, so wird dadurch die Zuwendung nicht mehr erschwert, als eben jede Formvorschrift nothwendig mit sich bringt.

12.

Im Fall des § 1288 dürfte auch dem dritten Kontrahenten das Recht zur Aufforderung an den Ehemann eingeräumt werden, die möglichst baldige Beendigung des Schwebezustandes kann noch mehr im Interesse des Dritten liegen, als in dem der Eheleute.

13.

Die Aufhebung der Berechtigung der Ehefrau auf Bestellung einer Hypothek an den Grundstücken des Ehemannes mindestens für den Anspruch auf Ersatz des Werthes der dem Ehemann nach den Grundsätzen über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen als Eigenthum überlassenen Ehegutsgegenstände scheint uns nicht genügend motivirt; obwohl wir uns eines Abänderungsantrags enthalten; die Bestimmung des § 12 Ziff. 6 des bayrischen Hypothekengesetzes hat zu Mißständen in der Praxis keinen Anlaß gegeben. Besteht aber diese Sicherung der Frau, dann kann um so leichter die dem zwischen den Ehegatten bestehenden Vertrauensverhältnisse nicht entsprechende Bestimmung der §§ 1033 und 1034 und noch mehr § 1036 zu Gunsten der Rechte des Ehemannes geändert werden.

14.

Aus dem von uns oben bereits erwähnten Grunde, wären wir in § 1297 Nr. 6 für Streichung der Worte „sofern der Ehemann zu der Vertheidigung seine Einwilligung oder Genehmigung ertheilt hat.“ Diese Vertheidigungskosten — die sich angesichts des § 140 der R. St. P. O. auf vielleicht 30 Mark belaufen, nämlich 10 Mark Vorverfahren, 20 Mark Hauptverfahren, und daher kaum der Ehre einer eigenen Ziffer des § 1297 und der 34 Zeilen Motive würdig sind — sind ein Aufwand, zu dem der Ehemann aus sittlichen Gründen seine Einwilligung geben muß; gibt er sie nicht, so hat das Gesetz den Konsens zu fingiren.

Mit Rücksicht auf die Bagatellemäßigkeit der Ziffer würden wir den Schlußsatz des § 1297 lauten lassen:

> „Die unter Nr. 4 und 5 (nicht 4 bis 6)“. Vergleiche auch § 1366.

15.

Nach § 1301 ist ein Rechtsgeschäft der Ehefrau unter Lebenden . . . in Ansehung des Ehegutes . . . wirksam, wenn der Ehemann in die Vornahme des Rechtsgeschäfts eingewilligt hat oder „dasselbe“ genehmigt. Dies wird in den Motiven Seite 229 mit den Worten wiedergegeben „oder dieselbe genehmigt.“ Letztere Fassung, wonach also die Genehmigung der Vornahme des Rechtsgeschäfts genügt, wird wohl nicht gemeint sein, vergleiche auch § 1353 Abs. 3 und 4.

16.

Welche Folgen eintreten, wenn im Falle des § 1302 der Ehemann seine Einwilligung zur Erhebung des Rechtsstreits oder seine Ge-

nehmigung nicht giebt, diese Beurtheilung wird der Wissenschaft und Praxis zu überlassen, und es wird daher Satz 2 des § 1302 zu streichen sein. Die Lösung, die der Entwurf giebt, reicht nicht aus, wenn es sich z. B. um Klage und Widerklage handelt, der erstern zu Gunsten, der letztern zum Nachtheile der Ehefrau stattgegeben wurde: Hier kann doch nicht die § 1302 statuirte Zerreißung des Sach- und Streitverhältnisses eintreten.

17.

Hinsichtlich des § 1306 und des § 1358 dürfte zu erwägen sein, ob nicht Vorsorge für den Fall getroffen wird, daß im Augenblick der Klagserhebung der Ehemann abwesend oder krank war, während kurze Zeit darnach die Einholung seines Konsenses möglich war.

18.

In § 1312 Ziff. 1 dürften die Worte „die Ehefrau die Beklagte war und" zu streichen m. a. W. das Ehegut für den Ersatz der Prozeßkosten auch dann haftbar sein, wenn die Ehefrau die Klägerin war. Hierfür spricht nicht nur die Analogie der Haftung für die Deliktsschulden, sondern auch der Umstand, daß die Frage, ob es unbilliger ist, den Ehemann der frivolen Prozeßführerin oder den Gegner derselben für „den Leichtsinn und die Streitsucht der Prozeßführerin mit der oft schwer drückenden Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten zu belasten" (Motive S. 282) offenbar zum Nachtheile des Ehemannes zu lösen ist.

19.

Der Absatz 2 des § 1317 dürfte im Hinblicke auf die allgemeine Fassung des § 1279 zu streichen sein, ohne daß hierdurch Mißverständnissen Raum gegeben wäre.

20.

Die Worte „und eine erhebliche Gefährdung" bis „zu besorgen ist" in § 1328 Ziff. 2 dürften aus dem unten bei § 1372 Ziff. 3 angeführten Grunde der Streichung unterliegen.

21.

Voll und ganz stehen wir auf dem Standpunkte des Entwurfs in der Materie von den Eheverträgen: es ist die Freiheit der Nupturienten und der Ehegatten gewahrt, ohne daß die Interessen gutgläubiger Dritter — in Folge Einführung eherechtlicher auf Einer Stufe mit dem Handelsregister stehender Register — gefährdet sind, und ohne daß übersehen ist, daß das Institut der Ehe ein Institut

der öffentlichen Ordnung ist. Allerdings ist es angesichts der §§ 1283 bis 1434 nicht unschwierig, einen der vollen Intention, dem vermuthlichen Durchschnittswillen der Parteien, den Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit gerecht werdenden Vertragsentwurf hinsichtlich des Güterrechts zu entwerfen, ohne sich gegen diese Paragraphen zu verstoßen, es wäre daher eine höchst dankenswerthe, wenn auch mühevolle Thätigkeit, solche Vertragsformulare zu veröffentlichen, zumal da das Institut der Gütertrennung doch nur in zwei Paragraphen §§ 1339 und 1340 seine gesetzliche Ausgestaltung gefunden hat.

22.

Vollständig dagegen und mit einer gewissen Vorliebe hat der Gesetzgeber das Institut der allgemeinen Gütergemeinschaft — es ist dies gleichsam das gesetzgeberische Normal- und Musterinstitut — auf- und ausgebaut.

Bezüglich dieses Abschnittes, der Vereinigung des beiderseitigen Vermögens auf gemeinsamen Gedeih und Verderb, aufgebaut auf der Grundlage des deutschrechtlichen Miteigenthums d. h. „eines Miteigenthumes, bei welchem im Gegensatze zu dem auf dem Prinzipe der Freiheit der einzelnen Theilhaber beruhenden römischen Miteigenthume die Antheile der einzelnen Theilhaber während der Dauer der Gemeinschaft durch die Zwecke der letzteren gebunden sind und deshalb als selbständige Vermögensrechte nicht geltend gemacht werden können, sondern erst mit der Auflösung der Gemeinschaft praktisch hervortreten" sind nur folgende Bemerkungen veranlaßt.

23.

Der zweite Satz Absatz zwei des § 1341 eignet sich zur Streichung: derselbe enthält eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbefolgung keine praktische Konsequenz zur Folge hat; derartige unvollständige Vorschriften sollen und können um so mehr vermieden werden, als jeder Kuratelrichter bei den außergewöhnlichen und tiefeingreifenden Wirkungen der allgemeinen Gütergemeinschaft vor der Genehmigung des Vertrags den Vertragschließenden hören wird, und als die Vorschrift nicht hierher, sondern in die Vormundschaftsordnung gehört.

24.

Unter dem „Vorbehaltsgut" versteht der Entwurf nach § 1346 die von dem Gesammtgute vollständig ausgeschlossenen, durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut eines der Ehegatten erklärten Gegenstände;

er versteht aber auch darunter (§ 1286) die von der ehelichen Nutznießung und Verwaltung ausgeschlossenen, durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklärten Gegenstände; ferner (§ 1416) die von dem Gesammtgute und dem Sondergute eines Ehegatten ausgeschlossenen, in den §§ 1346—1349 bezeichneten Gegenstände; verschiedene Gattungen von Gegenständen mit demselben technischen Wort zu bezeichnen, wird zu vermeiden sein.

25.

Welcher Sinn mit den Worten „auf deren Verlangen" in § 1366 zu verbinden ist, vermag beim Schweigen der Motive hierüber nicht eingesehen zu werden, und wären daher diese Worte zu streichen.

26.

Wenn man auch nicht so weit gehen will, mit andern Rechten im Falle des § 1367 Ziff. 1 die Anrechnung nur für die Geldstrafen und Untersuchungskosten vorzuschreiben, so dürfte doch der Gedanke zum Ausdruck kommen, daß diese Anrechnung nur dann Platz greift, wenn der Ehegatte auch verurtheilt, nicht aber, wenn er freigesprochen wurde; im letztern Falle sind die aus dem mit Freisprechung des Ehegatten endigenden Strafverfahren erwachsenen Verbindlichkeiten unglückliche Zufälle, welche dem Gesammtgute zur Last zu legen sind.

27.

Mit Recht bemerken die Motive zu § 1372, es sei in erster Linie der Zweck des Gesammtguts, den Unterhalt für die Familie zu gewähren; der Ehemann, der die ihm in dieser Beziehung obliegende Verpflichtung verletzt, zerstöre selbst die Voraussetzungen, unter welchen die Ehefrau ihm ihr Vermögen überlassen hätte. Die Konsequenz dieser Anschauung dürfte aber zur Streichung der Worte „und eine erhebliche Gefährdung des Rechtes der Ehefrau oder der Abkömmlinge auf Gewährung des Unterhaltes für die Zukunft zu besorgen ist" führen, und zwar um so mehr, als der Entwurf auf Grund der Thatsache der Ueberschuldung eines Ehegatten bei Eingehung der Gütergemeinschaft dem andern Ehegatten das Recht nicht einräumt, die Wiederaufhebung der Gütergemeinschaft zu verlangen, als ferner die Auflösung der Gütergemeinschaft nicht schon dann verlangt werden kann, wenn durch die Unordnung, in welcher die Vermögensangelegenheiten des Ehemannes sich befinden, das Eingebrachte der Ehefrau oder der von ihr während der Ehe gemachte und in das Gesammtgut fallende Erwerb gefährdet wird,

auch dann nicht, wenn durch die aus unerlaubten Handlungen des Ehemannes für den letztern entstandenen Verbindlichkeiten zur Zahlung von Geldstrafen und Untersuchungskosten der Antheil der Ehefrau an dem Gesammtgute gefährdet wird.

28.

Wenn auch dem überlebenden Ehegatten nach § 1386 die Möglichkeit nicht benommen sein soll, die gütergemeinschaftliche Erbfolge auszuschlagen, so ist diese Ausschlagung doch keinesfalls zu begünstigen.

In der Regel wird auch, wie die Motive mit Recht bemerken, das gütergemeinschaftliche Erbrecht dem überlebenden Ehegatten vortheilhafter sein, als das gesetzliche Erbrecht, und derselbe daher ohne zwingende Gründe von seinem Ausschlagungsrechte keinen Gebrauch machen. Gerade aber der Umstand, daß das Ausschlagungsrecht dem überlebenden Ehegatten zum Nachtheile der Abkömmlinge die Möglichkeit gewährt, wenn während des Laufes der Deliberationsfrist ein erheblicher Erwerb ihm zugefallen sein sollte, den Abkömmlingen ihren Antheil an diesem Erwerbe zu entziehen, würde vielleicht eine Vorschrift rechtfertigen, daß auch im Falle der Ausschlagung ein solcher Erwerb als ein Gegenstand der Gütergemeinschaft zu erachten sei. Die Ausschlagung entspricht überhaupt nicht dem vermuthlichen Willen des zuerst versterbenden Ehegatten.

29.

Auch würde die Deutlichkeit wohl anfordern, daß der Schlußsatz des § 1390 heißt: „sie ist einseitig unwiderruflich; die Widerruflichkeit auch für den Fall anszuschließen, wenn beide Ehegatten mit dem Widerruf einverstanden sind, hierzu besteht doch wohl kein Anlaß.

30.

Gleiches gilt von dem Schlußsatz des § 1393.

31.

Weder im Fall des § 1398 Abs. 1, noch in dem des § 1266 Abs. 2, noch in dem des § 1403 Nr. 5 kann die Nothwendigkeit, daß diese Erklärungen nur vor dem Nachlaßgericht abgegeben werden können, und daß nicht eine vor einem Notar abzugebende und von diesem an das Nachlaßgericht einzusendende Erklärung genügt, eingesehen werden.

32.

Der Entwurf läßt eine Abwendung der im § 1403 Nr. 2 bestimmten Folge der Schließung einer neuen Ehe von Seiten des

überlebenden Ehegatten durch Einkindschaftung der Abkömmlinge in die neue Ehe nicht zu; es hängt dies damit zusammen, daß er dieses seinen Hauptsitz in Franken habende Einkindschaftsinstitut nicht anerkennt. Er geht davon aus, daß das Institut schädlich wirkt, weil es die Vorkinder großen Gefahren aussetzt und den Frieden in den Familien nicht befördert, sondern untergräbt. Als bayrischer Praktiker benütze ich diese Gelegenheit, mein ausdrückliches Einverständniß mit dem Entwurfe hier kundzugeben; konstatirt doch auch von der Pfordten in

Bd. IV S. 226 der Blätter für Rechtsanwendung,

daß das Institut in der That oft „statt des Friedens das Schwert, den Zwist und Hader, Neid und Bosheit in die Familien gebracht hat."

Da ferner nach § 1404 Satz 2 das Vormundschaftsgericht gestatten kann, daß, wenn ein antheilsberechtigter Abkömmling des überlebenden Ehegatten minderjährig oder bevormundet ist, die Auflösung der Gütergemeinschaft vor der Eheschließung unterbleibe und die Auseinandersetzung erst zu einer späteren Zeit erfolge, und da nach § 1406 Abs. 5 der überlebende Ehegatte berechtigt ist, das ganze Gesammtgut oder einzelne Theile desselben gegen Ersatz des durch Schätzung zu ermittelnden gegenwärtigen Werthes zu übernehmen, der Schichtungszwang sonach kein ausnahmsloser ist, so besteht in keiner Hinsicht ein Anlaß, dem zu Grabe getragen werdenden Institut eine Thräne nachzuweinen.

33.

In dem in § 1406 unterstellten Falle, wie auch im Falle des § 1384 ist nicht einzusehen, warum, wenn und soweit das Gesammtgut ohne vorgängige Berichtigung der darauf haftenden Schulden getheilt ist, der Gläubiger seinen Zugriff nicht wenigstens bis zum Betrage des bei der Theilung aus dem Gesammtgut Empfangenen soll nehmen dürfen.

Gestattet man überhaupt einmal die Korrektur der Theilung, indem man dem Gesammtgutsgläubiger freistellt, sich den Bereicherungsanspruch überweisen zu lassen, dann erscheint es vielleicht angezeigt, wenigstens eine *verhältnißmäßige Haftung* mit dem bei der *Theilung aus dem Gesammtgut Empfangenen zu konstruiren*, insbesondere wenn den Theilungsinteressenten zur Zeit der Theilung der Anspruch bekannt gewesen ist.

34.

Im Hinblicke auf § 777 hat der Entwurf bei § 1406 besondere Vorschriften in der Richtung nicht für nöthig erachtet, daß der überlebende Ehegatte, um den Theilungsinteressenten die erforderliche Kenntniß der Theilungsmasse zu verschaffen, zur eidlichen Bekräftigung des Inventars verpflichtet ist.

Es dürfte sich aber entsprechend dem Art. 85 des bayerischen Gesetzes vom 23. Februar 1879 zur Ausführung der Reichs-Civilprozeßordnung und Konkursordnung im Interesse der Pietät der Beisatz empfehlen:

Von Eltern können weder ihre Abkömmlinge noch deren Vormünder oder Pfleger einen Offenbarungseid verlangen.

35.

Daß das in § 1406 Abs. 5 dem überlebenden Ehegatten eingeräumte Wahlrecht auch nicht in den Fällen des § 1405 auf die Abkömmlinge übergehen soll, rechtfertigen die Motive durch die Erwägung, daß dies zu einer großen Härte gegen den überlebenden Ehegatten führen kann, wenn das Vermögen ganz oder theilweise von ihm herrührt.

Sieht man sich die Fälle des § 1405 an, so findet man einen pflichtvergessenen, mindestens an der Vorstufe der Kriminalität befindlichen Ehegatten, der keinerlei Anspruch darauf machen kann, daß das Civilgesetz ihn schonend behandelt, und wir meinen daher, daß dies Wahlrecht im Falle des § 1405 auf die Abkömmlinge übergehen soll.

36.

Ein Lieblingsausdruck des Gesetzgebers sind die Worte: „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt", „soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt"; in der Materie vom ehelichen Güterrecht kommt er nicht weniger als achtmal (1283, 1292, 1311, 1352 Abs. 1, 1352 Abs. 2, 1411 Abs. 1, 1411 Abs. 2, 1417) vor, in den §§ 1352 und 1411 sogar zweimal: unseres Erachtens ist die Restriktion eine selbstverständliche, die Sprache des Gesetzes wird dadurch nur schleppend, und es kann daher dieser Zwischensatz unbedenklich gestrichen werden.

Ebenso berührt es eigenthümlich, daß in früheren Paragraphen auf spätere, z. B. in § 1255 auf die §§ 1462, 1463, in § 1280 auf §§ 1488, 1492—1496, in § 1284 auf die §§ 1336, 1337, 1339, in

§ 1291 auf die §§ 1336, 1337, 1340, in § 1307 auf die §§ 1336, 1337 ꝛc., statt in späteren auf frühere verwiesen wird.

37.

Daß — vergleiche Motive Seite 526 — bei der Errungenschaftsgemeinschaft eine persönliche Haftung der Ehefrau für die Gewerbeschulden des Ehemannes auch dann nicht anerkannt wird, wenn das Gewerbe zwar nicht von den beiden Ehegatten gemeinschaftlich auf deren Namen, sondern nur von dem Ehemanne allein und auf dessen Namen betrieben wird, die Ehefrau demselben aber dabei in äußerlich erkennbarer Weise Hülfe leistet, leuchtet nicht recht ein.

Wir fassen dies so auf, daß das Eheweib nicht haftet, selbst wenn, wie die Onolzbachische Konkursordnung von 1731 sich ausdrückt, sie mit dem Ehemanne zu offenem Kramladen und Markt gesessen. In diesem Fall, sagt die zitirte Quelle, ist sie pro socia et correa debendi zu halten, damit diejenigen, so mit ihr kontrahiren, nicht hintergangen werden.

Der Umstand, daß nach § 1275 Abs. 2 die Ehefrau zur Hülfeleistung im Geschäfte des Ehemanns insoweit verpflichtet ist, als solche Verrichtungen nach dem Stande des Ehemanns für die Ehefrau üblich sind, rechtfertigt die Freilassung der Ehefrau nicht; man hat bisher zwischen der Uxor mercatoris und der Uxor mercatrix unterscheiden können und unterschieden, und kann dies wohl auch in Zukunft.

Die vom Entwurfe ausdrücklich wiederholt anerkannte Tendenz der neueren Gesetzgebung, insbesondere auch der Konkursordnung, die Ehefrau vor den Gläubigern des Ehemannes nicht zu bevorzugen, ist gewiß mit der Aufstellung des Entwurfs schwer vereinbar.

38.

Wie sich der Entwurf in § 1430 Abs. 2 die Rechtshängigmachung des Anspruchs der Ehefrau auf Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft denkt, ob durch Erklärung gegenüber dem Mann, oder gegenüber dem Konkursverwalter, oder dem Konkursgericht, oder durch Klage, scheint nicht recht klar, wir würden daher die Worte „rechtshängig“ durch die Worte „durch Erklärung gegenüber dem Konkursgericht geltend“ ersetzen.

39.

Anlangend die Vorschriften über das eherechtliche Register, so könnte es der Gerichtsorganisationsbefugniß der Partikularstaaten

überlassen werden, ob jedes Amtsgericht ein eherechtliches Register zu führen hat, oder ob es nicht genügt, wenn zwei oder mehrere Amtsgerichte für die Zwecke der Registerführung zusammengelegt werden.

In Bayern, das beispielsweise Amtsgerichte unter 6000 Seelen hat, ist es gewiß nicht nöthig, bei jedem Amtsgerichte ein eherechtliches Register zu führen; es wird daher in § 1435 statt „jedem" zu setzen sein „dem".

In Konsequenz hiervon hätte dann der erste und zweite Absatz des § 1436 zu lauten:

> Die im § 1435 bezeichnete Eintragung muß bei demjenigen Amtsgerichte bewirkt werden, bei welchem das eherechtliche Register für den Bezirk des Wohnsitzes des Ehemanns geführt wird. Wird von dem Ehemanne der Wohnsitz in den Bezirk eines anderen Amtsgerichts verlegt, so hat die Eintragung auch bei demjenigen Amtsgerichte zu geschehen, bei welchem das eherechtliche Register für den Bezirk des neuen Wohnsitzes des Ehemannes geführt wird.

40.

Anlangend die Bestimmungen des 5. Titels: Auflösung der Ehe, so ist die Schwierigkeit, sich in der Ausprägung des legislativen Stoffes gleich fern von der materialistischen wie von der pietistischen Auffassung der Ehe zu halten, nicht zu verkennen. Dem Referenten will es nicht bedünken, als ob der Standpunkt des Entwurfs sich der Zustimmung der Praktiker in allen Punkten zu erfreuen haben wird.

Mag man auch das beinahe volle Dutzend der preußisch rechtlichen Ehescheidungsgründe, als solche nicht anerkennen und die Scheidung als ein nothwendiges Uebel betrachten:

Der Standpunkt, daß zwischen bekinderten und unbekinderten Ehen nicht unterschieden, und auch in letzterm Falle die gegenseitige Einwilligung auch dann nicht als absoluter Ehescheidungsgrund gilt, sobald „weder Leichtsinn, oder Uebereilung, noch heimlicher Zwang von einer oder der andern Seite zu besorgen ist" daß nur Scheidungsgründe anerkannt werden, welche auf dem Prinzipe der Verschuldung des einen Ehegatten beruhen, daß daher insbesondere der Ehescheidungsgrund der Raserei und des Wahnsinns der gänzlichen Verstandszerrüttung nicht anerkannt wird, nicht anerkannt trotz der wirthschaftlichen Nachtheile und der sittlichen Gefahren, welche dem

Ehegatten und den Kindern drohen, wenn ersterer durch Versagung dieses Scheidungsgrundes gehindert ist, eine neue Ehe einzugehen, ist eine Neuerung, welche den Bedürfnissen des Lebens, den realen Verhältnissen, dem Charakter der Ehe als eines Rechtsverhältnisses eines nicht nur sittlichen, sondern auch rechtlichen Instituts kaum entspricht.

Dies um so mehr, als auch das landesherrliche Ehescheidungsrecht, das auf dem Gebiete des Ehescheidungsrechts die Stelle der Gnade auf dem Gebiete des Strafrechts einzunehmen hätte, aufgehoben wird.

Der Gesetzgeber darf doch nicht übersehen, daß die Häufigkeit oder Seltenheit der Scheidung nicht allein von der Laxheit oder Rigorosität der Scheidungsgesetzgebung abhängt.

Es ist im diesrheinischen Bayern unbestrittenen Rechtens, daß auf Grund gegenseitiger Einwilligung und erfolgter Regelung der Vermögensverhältnisse jüdischen Ehetheilen die Scheidung vom Gerichte zu bewilligen ist,

Harburger in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 52 S. 105. Sammlung oberstrichterlicher Urtheile Bd. XI S. 175.

und doch lehrt die Statistik die relative Seltenheit der Ehescheidung unter den Israeliten.

41.

Auch die Konstruktion der Trennung von Tisch und Bett wird dem Praktiker kaum einwandsfrei erscheinen, abgesehen von der Vervielfältigung und Verlängerung der nothwendig mit Aergerniß für die Ehegatten selbst und für ihre Familien verbunderen, auch kostspieligen Prozesse, die doch gerade auf dem Gebiete der Ehe zu vermeiden sein wird, so wird es unendlich wenig Ehen geben, die, nachdem einmal über sie die rauhe Luft des Trennungsprozesses geweht hat, noch segenbringend und veredelnd und nicht scheidungsreif und nicht im Rückenmark gebrochen erscheinen; erbitterter, nicht geläuterter treten die Eheleute aus dem Fegefeuer des Trennungsprozesses heraus.

Die Motive erkennen S. 635 zu § 1461 selbst an, daß voraussichtlich in der Mehrzahl der Fälle die Scheidung der zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett folgen wird.

Mag man daher auch die Neuerung des Entwurfs in seiner Aufstellung relativer Scheidungsgründe — insbesondere schwere Mißhandlungen, entehrende Verbrechen oder Vergehen, ehrloses oder

unsittliches Verhalten — als eine berechtigte erachten, mag man insbesondere sich dabei beruhigen, daß, wie so häufig, die „Wohlthat" des Richters ein Korrektiv abgibt gegen die „Plage" des Gesetzgebers, mag man den Mangel aller Normen betreff der nach internationalem Privatrecht zu beurtheilenden Ehen nicht vermissen, — die oben angeführten Bedenken lassen sich nicht zurückdrängen, und werden, wenn der Entwurf Gesetz wird, nur zu bald die „Novelle" zeitigen.

Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken:

42.

Da im § 1441 Abs. 2, § 1441 Satz 2 und 3 des Absatzes 3, § 1445 Abs. 2 die Scheidung unstatthaft ist, so wird der Satz 2 des § 1440 korrekter dahin lauten:

die Scheidung ist nur in den Fällen zulässig, welche in den § 1441 Abs. 1, § 1443 Abs. 1 und 2 und Satz 1 des Absatzes 3, § 1445 Satz 1 bezeichnet sind.

43.

Stellt man sich auf den scheidungserschwerenden Standpunkt des Entwurfs und betrachtet man selbst die mit Gewalt geschehene Vornahme unzüchtiger Handlungen an einer Frauensperson, also eine mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren strafbare Handlung nur als relativen Scheidungsgrund, dann wäre konsequent auch die widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Thieren, eine mit Gefängniß bis zu 5 Jahren strafbare Handlung, nicht als absoluter, sondern nur als relativer Scheidungsgrund zu erachten.

44.

Ob die Konstruktion des Scheidungsverfahrens wegen Quasidesertion nicht zu sehr das Verfahren erschwert und die Kosten erhöht, indem statt eines auf einseitigen Antrags zu erlassenden Rückkehrbefehls und des sich daran schließenden Desertionsprozesses zwei Prozesse geführt werden müssen, nämlich der Prozeß, die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft betreffend und der Desertionsprozeß, steht dahin.

Nach dem Entwurfe liegt es in dem Belieben des einen Ehegatten, ungestraft Jahre lang sich der häuslichen Gemeinschaft zu entziehen: er braucht nur den Gemeinschaftsherstellungsprozeß möglichst hinauszuziehen und dann noch 364 Tage nach der Rechtskraft des Urtheils demselben keine Parition zu leisten, ganz abgesehen davon,

daß auch dann keine Verurtheilung im Nachprozeß eintreten kann, wenn der verurtheilte Ehegatte beweist, daß er in dem guten Glauben war, daß nach dem Urtheile während der Frist ein neuer, das Aufgeben der häuslichen Gemeinschaft rechtfertigender Grund eingetreten sei. Erschwert man dem verlassenen Ehegatten so sehr zu seinem Rechte zu kommen, — uns ist unfaßbar, wie die Absicht „den andern Ehegatten böslicher Weise zu verlassen" im Falle des § 1443 noch speziell bewiesen werden kann — so liegt die Gefahr nahe, daß ein künstlicher Scheidungsgrund geschaffen und das Gesetz umgangen wird.

45.

Da nur sehr uneigentlich die Ehefrau als „der" Kläger, „der" Beklagte bezeichnet werden kann, dürfte im Schlußsatz des § 1443 statt „der Kläger" die Klagspartei, statt „des Beklagten" der beklagten Partei gesagt werden.

46.

Daß übrigens im Fall des § 1444 der Kläger in derselben Klage die sofortige Scheidung und eventuell die Trennung von Tisch und Bett verlangen kann, ist wohl nicht zu bezweifeln, obwohl die Motive über diese allerdings mehr civilprozessuale Frage schweigen und die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett nicht als Minus der Scheidung, sondern als etwas davon sachlich ganz Verschiedenes bezeichnen.

47.

Im Hinblicke auf die Präjudicialität der „Kenntniß" des § 1447 und der vielen Zweifelsfragen, welche in der Praxis über die Beschaffenheit dieser Kenntniß aufgetaucht sind, da ferner die Verzeihung einer Thatsache deren Bestehen, sowie volle Kenntniß derselben von Seite des Verzeihenden voraussetzt,

> Glück Sammlung ehegerichtlicher Entscheidungen S. 247 Nr. 301.

wäre in § 1447 die Einsetzung des Wortes „volle" vor „Kenntniß" nicht unangezeigt.

48.

Auch dürfte die 30jährige Frist des § 1447 Abs. 2 in dem vom Entwurf so sehr betonten Interesse der Aufrechthaltung der Ehen als zu lang zu erachten und solche auf 10 Jahre zu reduziren sein.

49.

In den §§ 1456, 1457, 1461 wird ein weitgehendes Korrektionsrecht des Vormundschaftsrichters gegenüber der Entscheidung des Prozeßrichters statuirt, es will uns bedünken, als ob überhaupt die §§ 1456, 1457 und 1461 und theilweise 1465 nicht dem vorwurfigen Titel, sondern der Vormundschaftsordnung bezw. dem zu erweiternden § 1546 einzuverleiben wären. Hat in diesen Fragen, wie die Motive mit Recht annehmen, der Gesichtspunkt des Interesses der Kinder den Ausschlag zu geben, muß das Interesse der Eltern bei der Entscheidung zurückzutreten, so liegt eben die Entscheidung begrifflich innerhalb der Sphäre der Befugnisse des Vormundschaftsgerichts, ein Standpunkt, auf welchem eine Reihe von Rechten steht.

Hiernach kommen wir zu folgenden Vorschlägen:

1.

Als Absatz 3 des § 1228 ist beizufügen:

> Liegt ein schriftlicher Verlobungsvertrag vor und ist in demselben auf den Fall des Rücktritts eine bestimmte Geldsumme als Entschädigung vorbedungen, so hat es hiebei sein Bewenden.

2.

Die §§ 573a und 575a sind zu streichen.

3.

Der Schlußsatz des § 1256 hat zu lauten: sofern diesem nicht der Streit verkündet worden war.

4.

Die Anfechtung der Ehe wegen Irrthums des einen Theiles über sogenannte wesentliche Eigenschaften oder Verhältnisse des andern Theiles ist zuzulassen.

5.

Satz 2 des § 1265 ist zu streichen.

6.

In Abs. 2 des § 1266 ist zwischen „Nachlaßgerichte" und „abzugebende" einzuschalten:

> oder einem Notar.

7.

§ 1273 Abs. 1 Satz 2 erhält den Beisatz:

> soweit nicht eine vor *Abschluß der Ehe getroffene Vereinbarung* anders bestimmt.

8.

In § 1287 ist zwischen die Worte durch und „Zuwendung“ das Wort „schriftliche“ einzufügen.

9.

In § 1288 Satz 2 ist zwischen „von ihr“ und „an den Ehemann“ einzufügen „oder ihrer Gegenpartei“.

10.

§ 1297 Absatz II hat im Eingang zu lauten:

Die unter Nr. 4 und 5 bezeichneten Zinsen ꝛc.

11.

Satz 2 des § 1302 ist zu streichen.

12.

In § 1312 Ziff. 1 sind die Worte „die Ehefrau die Beklagte war und zu streichen.

13.

Absatz 2 des § 1317 ist zu streichen.

14.

Die Worte „und eine erhebliche Gefährdung des Rechtes der Ehefrau oder der Abkömmlinge auf Gewährung des Unterhaltes für die Zukunft zu besorgen ist“ in § 1328 Ziff. 2 sind zu streichen.

15.

Absatz 2 Satz 2 des § 1341 ist zu streichen.

16.

Die Worte „auf deren Verlangen“ in § 1366 sind zu streichen.

17.

In § 1367 Ziff. 1 sind zwischen „herbeigeführten“ und „Strafverfahren“ die Worte einzuschalten:

„mit Verurtheilung des Ehegatten endigenden“.

18.

In § 1372 Ziff. 3 sind die Worte „und eine erhebliche Gefährdung des Rechtes der Ehefrau oder der Abkömmlinge auf Gewährung des Unterhaltes für die Zukunft zu besorgen ist“ zu streichen.

19.

In § 1390 haben die letzten Worte zu lauten:

„sie ist einseitig unwiderruflich.“

20.

In § 1393 haben die letzten Worte zu lauten:

„sie ist einseitig unwiderruflich.“

21.

In § 1398 Abs. I ist zwischen die Worte „Ehegatten“ und „abzugebende“ einzufügen:

„oder einem Notar.“

22.

In § 1403 Nr. 5 ist zwischen die Worte „Ehegatten“ und „abzugebende“ einzufügen:

„oder einem Notar.“

23.

Bei § 1406 resp. § 777 ist ein Beisatz angezeigt:

Von Eltern können weder ihre Abkömmlinge noch deren Vormünder oder Pfleger einen Offenbarungseid verlangen.

24.

Satz 2 Absatz 5 des § 1406 hat statt „dieses Recht steht ihm jedoch nicht zu“ zu lauten:

„dieses Recht geht auf die Abkömmlinge über.“

25—32.

In den §§ 1283, 1292, 1311, 1352 Abs. 1, 1352 Abs. 2, 1411 Abs. 1 und 1411 Abs. 2, 1417 sind die Worte „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt“ beziehungsweise „soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergibt“ zu streichen.

33.

In § 1430 Abs. 2 ist das Wort „rechtshängig“ durch die Worte „durch Erklärung gegenüber dem Konkursgericht geltend“ zu ersetzen.

34.

Der erste und zweite Absatz des § 1436 wird durch folgende Absätze ersetzt:

Die in § 1435 bezeichnete Eintragung muß bei demjenigen Amtsgerichte bewirkt werden, bei welchem das eherechtliche Register für den Bezirk des Wohnsitzes des Ehemannes geführt wird.

Wird von dem Ehemanne der Wohnsitz in den Bezirk eines anderen Amtsgerichts verlegt, so hat die Eintragung auch bei demjenigen Amtsgerichte zu geschehen, bei welchem das eherechtliche Register für den Bezirk des neuen Wohnsitzes des Ehemannes geführt wird.

35.

Satz 2 des § 1440 hat zu lauten:

Die Scheidung ist nur in den Fällen zulässig,

welche in den §§ 1441 Abs. 1, § 1443 Abs. 1 und 2 und Satz 1 des Absatzes 3, § 1445 Satz 1 bezeichnet sind.

36.

Wahnsinn ist als absoluter Ehescheidungsgrund zu erklären.

37.

Gegenseitige Einwilligung ist bei kinderlosen Ehen als Ehescheidungsgrund zu erklären, wenn weder Leichtsinn noch Uebereilung noch heimlicher Zwang von einer oder der anderen Seite zu besorgen ist.

38.

In § 1441 hat es statt der „§§ 171, 175" zu heißen „des § 171".

39.

In § 1443 hat es statt „der Kläger" die Klagspartei, statt „des Beklagten" „der beklagten Partei" zu heißen.

40.

§ 1444 Abs. 1 erhält als Beisatz

„die Verbindung beider Anträge in einer Klage ist zulässig."

41.

In § 1447 Abs. 1 ist das Wort „volle" vor „Kenntniß" einzufügen.

42.

In § 1447 Abs. 2 ist statt „dreißig" „zehn" zu setzen.

43.

Der § 1456 ist zu streichen.

44.

Der § 1457 ist zu streichen.

45.

Der § 1461 ist zu streichen.

46.

In § 1465 sind die Worte „in Ansehung" bis „sowie" zu streichen.

Einige kritische Bemerkungen zu § 89 des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Von Rechtsanwalt Kempf in Berlin.

I. Zwischen § 89 und den §§ 66 Abs. 1, 74 Abs. 1 des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs besteht ein Widerspruch.

Nach § 66 Abs. 1 ist ein Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß es gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird, unwirksam, wenn die Vornahme gegenüber einer geschäftsunfähigen Person erfolgt.

Nach § 74 Abs. 1 wird zur Wirksamkeit einer Willenserklärung, welche einem Betheiligten gegenüber abgegeben werden muß (§ 66 Abs. 1) sofern dieselbe unter Abwesenden erfolgt, erfordert, daß die ausdrückliche Willenserklärung dem Empfänger desselben zukommt, die stillschweigende Willenserklärung zu seiner Kenntniß gelangt.

Hieraus folgt, daß es für die Wirksamkeit einer Willenserklärung entscheidend ist, ob der Empfänger derselben zur Zeit der Empfangnahme (bezw. Kenntnißnahme) geschäftsfähig ist.

Ist der Empfänger in diesem Zeitpunkte geschäftsunfähig, so ist die Willenserklärung unwirksam, gleichviel ob der Empfänger bei Absendung der Willenserklärung bereits geschäftsunfähig war oder nicht.

Daß zu den in §§ 66 Abs. 1 und 74 Abs. 1 bezeichneten Willenserklärungen auch die Vertragsanträge gehören, unterliegt keinem Zweifel (cfr. Motive S. 159).

Daß aber auch bezüglich der Wirksamkeit von Vertragsanträgen, welche geschäftsunfähigen Personen gegenüber erklärt werden,

von der allgemeinen Regel des § 66 Abs. 1 keine Ausnahme gemacht werden soll, ergiebt § 66 Abs. 2 Satz 2 durch argumentum e contrario.

Trotzdem heißt es in § 89, daß es auf die Wirksamkeit des Vertragsantrages, sofern nicht ein anderer Wille des Antragenden aus dem Antrage oder den Umständen hervorgeht, ohne Einfluß sei, wenn der Antragende oder derjenige, welchem der Antrag gemacht worden ist, nach Absendung des Antrages stirbt oder geschäftsunfähig wird.

Wird also derjenige, dem der Vertragsantrag gemacht wird, nach Absendung aber vor Empfangnahme desselben geschäftsunfähig, so soll der Vertragsantrag ihm gegenüber bindend sein, obwohl dies nach der auch für Vertragsanträge geltenden Regel der §§ 66 Abs. 1 und 74 Abs. 1 ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Es ist dies ein Widerspruch, dessen Lösung weder aus dem Entwurfe noch aus den Motiven zu entnehmen ist.

II. Zur Beseitigung des Widerspruchs ist es erforderlich, daß in § 89 die Worte „oder geschäftsunfähig wird" gestrichen werden.

Durch die Streichung dieser Worte wird die Wirksamkeit eines Vertragsantrages, wenn der Antragende nach Absendung des Antrages geschäftsunfähig wird, nicht in Frage gestellt, da dieser Fall bereits in § 74 Abs. 3 in dem Sinne entschieden ist, daß die Wirksamkeit der Willenserklärung durch den nach der Absendung auf seiten des Urhebers der Willenserklärung erfolgten Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit nicht beeinflußt wird.

Es ist deshalb auch unnöthig, daß in § 89 des Falles gedacht wird, daß der Antragende nach Absendung des Vertragsantrages stirbt. Der § 89 würde also folgende Fassung erhalten:

> „Auf die Wirksamkeit des Vertragsantrages ist es, sofern nicht ein anderer Wille des Antragenden aus dem Antrage oder den Umständen des Falles hervorgeht, ohne Einfluß, wenn derjenige, welchem der Antrag gemacht worden ist, nach Absendung des Antrages stirbt."

Es würde sich freilich zur Wahrung des Prinzipes der vom Entwurfe adoptirten Empfangstheorie (§ 74, Motive S. 157) empfehlen, hinzuzufügen:

> „Der Antrag ist solchenfalls als an die Erben desselben gerichtet anzusehen." (cf. Motive S. 176.)

III. Will man auch den Fall, daß der Empfänger des Vertragsantrages in dem Zeitraume zwischen Absendung des Antrages und Ankunft desselben geschäftsunfähig geworden ist in den Bereich der gesetzlichen Regelung ziehen, so läßt sich dies ohne Widerspruch gegen das sich aus §§ 66 Abs. 1, 74 Abs. 1 ergebende Prinzip nur dadurch erreichen, daß man eine gesetzliche Fiktion aufstellt, wonach ein solcher Antrag als an den gesetzlichen Vertreter des inzwischen geschäftsunfähig. gewordenen Empfängers gerichtet angesehen wird.

Ist hierzu jedoch einerseits ein praktisches Bedürfniß wegen der Kürze des in Betracht kommenden Zeitraumes schwerlich vorhanden, so würde andrerseits die Theorie zu Unzuträglichkeiten führen, welche besser vermieden werden. Es ergiebt sich dies aus folgenden Beispielen: A. macht dem abwesenden B., dessen Geschäftsfähigkeit er voraussetzt, einen Vertragsantrag. B. war jedoch schon vor — vielleicht unmittelbar vor — Absendung des Antrages seitens des A. geschäftsunfähig geworden. Die Folge ist, daß der Vertragsantrag unwirksam ist (§ 66 Abs. 1) und auch von dem gesetzlichen Vertreter des B. nicht acceptirt werden kann.

Ist B. jedoch bei Absendung des Antrages seitens des A. noch geschäftsfähig gewesen und in der kurzen Zeit bis zur Ankunft desselben geschäftsunfähig geworden, so soll der Antrag bindend und die Annahme durch den gesetzlichen Vertreter zulässig sein.

Welche Veranlassung liegt zu einer solchen Unterscheidung vor? Das Interesse, welches der Antragende an der Wirksamkeit des Antrages haben wird, ist in beiden Fällen das gleiche.

Die Untersuchung, welche als das wesentliche Moment für die rechtliche Wirksamkeit der Willenserklärung deren Absendung und nicht deren Empfang gelten läßt, führt überdies zu einer unnöthigen und bedenklichen Durchlöcherung des Prinzipes der Empfangstheorie.

Das nämliche Bedenken spricht auch gegen die Annahme des Grundsatzes, daß der Tod des Empfängers nach Absendung des Vertragsantrages auf die Wirksamkeit des Antrages ohne Einfluß sein soll. Wenn man auch diesen Grundsatz äußerlich der Empfangstheorie dadurch anpassen kann, daß man die Fiktion aufstellt, der Antrag sei solchenfalls an die Erben des Empfängers gerichtet, so bleibt dies doch immer nur eine gezwungene Fiktion und das Prinzip selbst leidet darunter, wenn man ihm im einzelnen Falle auf so künstliche Weise Geltung zu verschaffen sucht.

Auch hier aber wird der Nachtheil, welcher durch das Abweichen

von konsequenter Durchführung des Prinzipes entsteht, keineswegs aufgewogen durch einen praktischen Vortheil, welchem zu Liebe ein solches Abweichen gerechtfertigt erscheinen könnte.

Es spricht nichts dafür, einen Vertragsantrag, dessen Adressat vor der Empfangnahme verstorben ist, gelten zu lassen, wenn derselbe im Zeitpunkte der Absendung des Antrages noch gelebt hat, während er keine Gültigkeit hat, wenn der Tod des Adressaten schon vor der Absendung eingetreten war.

Das Naturgemäße ist auch hier, daß das entscheidende Gewicht auf den Zeitpunkt der Empfangnahme gelegt wird.

Hat der Adressat diesen Zeitpunkt erlebt, so ist die den Vertragsantrag enthaltende Willenserklärung nach dem Prinzipe der Empfangstheorie (§ 74) zur rechtlichen Existenz gelangt und der Empfänger hat, da der Antragende nach § 80 an seinen Antrag gebunden ist, dementsprechend ein Recht auf Annahme des Antrages erlangt. Es ist dies ein Vermögensrecht, welches wie alle Vermögensrechte, mit seinem Tode auf seine Erben übergeht. Die Erben sind also — ausgenommen den Fall, daß der an den Erblasser gerichtete Antrag ein höchst persönlicher war — zur rechtswirksamen Annahme des Antrages berechtigt, sofern sie in der Lage sind, dieselbe in der gehörigen Frist (§ 82 oder § 84) zu erklären.

Zu dieser Konstruktion gelangt man auf natürlichem Wege durch Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze und ohne Zuhilfenahme einer Fiktion.

IV. Auch in dem zur Zeit geltenden Rechte ist ein Bedürfniß zur Aufstellung einer solchen Fiktion nicht zu Tage getreten. Das Handelsgesetzbuch Art. 297 behandelt nur den Fall, daß der Antragende nach Absendung des Antrages verstirbt. Nach gemeinem Rechte kommt der Vertrag nicht zu Stande, wenn während der Zeit zwischen Absendung der Offerte und Ankunft der Annahmeerklärung einer der vertragsschließenden Theile stirbt oder geschäftsunfähig wird; während nach preußischem A. L. R. (§ 106 I. 5) in den Rechten oder Pflichten wegen der Annahme nichts geändert werden soll, wenn nach geschehenem Antrage und vor dem Ablaufe der Erklärungsfrist der eine oder der andere Theil verstirbt.

Hierbei ist vorausgesetzt, daß der Antrag bereits gemacht ist, d. h. nach der Empfangstheorie, daß der Antrag demjenigen, dem er gemacht wurde auch zugekommen ist, bevor der Tod des einen oder andern Theiles eintrat. Der Fall, daß Tod oder Geschäftsunfähig-

keit des Empfängers der Willenserklärung eintrat, ehe ihm die Willenserklärung zugekommen, jedoch nachdem sie an ihn abgesendet ist, ist im geltenden Rechte nirgends in's Auge gefaßt, offenbar deshalb weil man in Ermangelung eines praktischen Bedürfnisses eine Ausnahme von der Regel, daß eine Willenserklärung unter Abwesenden erst dann vorliegt, wenn sie dem Anderen so zugekommen ist, daß dieser sie vernehmen kann, nicht zulassen will.

Soll der § 89 des Entwurfs also nur die zwischen dem gemeinen und dem preußischen Rechte bestehende Divergenz ausgleichen, so geht er zu weit, indem er von dem Falle handelt, daß der Adressat des Vertragsantrages nach Absendung des Antrages verstirbt oder geschäftsunfähig wird, während die Divergenz nur darin besteht, ob der Eintritt des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit nach Ankunft der Offerte den Vertragsschluß hindert oder nicht.

Einer ausdrücklichen Stellungnahme zu dieser Verschiedenheit der Bestimmungen im geltenden Rechte, bedarf es für den Entwurf aber nicht, da, wie oben gezeigt, eine solche in Konsequenz des § 80 des Entwurfs sich von selbst ergiebt.

Faßt man die bisherigen Ausführungen zusammen, so ergiebt sich, daß die Bestimmung des § 89,

1. insoweit sie den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit desjenigen, an den der Antrag gerichtet ist, behandelt, in einen unlöslichen Widerspruch mit §§ 66 Abs. 1 und 74 Abs. 1 geräth;
2. insoweit sie den Tod oder den Eintritt der Geschäfsunfähigkeit des Antragenden nach Absendung des Antrages in's Auge faßt, wegen § 74 Abs. 3 überflüssig ist;
3. insoweit sie den Tod des Adressaten nach Absendung des Antrages betrifft, eine bedenkliche Abweichung von dem Prinzipe der Empfangstheorie enthält, welche durch ein praktisches Bedürfniß nicht gerechtfertigt wird;
4. insofern sie die zwischen den einzelnen Gebieten des geltenden Rechtes bestehende Rechtsverschiedenheit bezüglich des Einflusses von Tod und Geschäftsunfähigkeit auf den Vertragsschluß unter Abwesenden ausgleichen will, zu weit geht und wegen der aus § 80 zu ziehenden Folgerungen entbehrt werden kann.

Es empfiehlt sich aus allen diesen Gründen,

den § 89 des Entwurfs gänzlich zu streichen.

Das Recht der Schuldverhältnisse. Vierter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen.

Von Rechtsanwalt Hartmann in Nürnberg.

Erster Titel.

Bereicherung.

Die rechtliche Gestaltung, welche der Entwurf den Schuldverhältnissen aus ungerechtfertigter Bereicherung (Kondiktionen) giebt, schließt sich eng an jene des gemeinen Rechts an.

Der das Kondiktionensystem beherrschende Grundgedanke ist keineswegs der nur dem Gebiete der Ethik, nicht aber dem der Rechtswissenschaft angehörige Satz, daß sich Niemand mit dem Schaden eines andern bereichern solle, noch weniger die dem preußischen Recht unterliegende Rechtsanschauung, daß jede Vermögenszuwendung an einen Anderen zur Rückforderung des Geleisteten berechtige.

Das verpflichtende Moment wird lediglich in der Rechtlosigkeit des Erwerbes gefunden. Rechtlos d. h. des Rechtsgrunds entbehrend ist der Vermögenserwerb dann, wenn die den Willen des Leistenden ursachlich bedingenden Momente, welche sich als eine wesentliche Voraussetzung der Leistung im Sinne des Leistenden kennzeichnen, entweder von Anfang ab nicht vorhanden waren, oder nicht eintraten, oder endlich, wenn zwar von Anfang ab vorhanden, später hinweggefallen sind.

Von diesem Grundgedanken ausgehend gliedert der Entwurf die Kondiktionen nach 5 Kategorien, indem er den Anspruch auf Rückgewähr zuläßt

I. im Falle der Leistung einer Nichtschuld,

II. bei Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolgs,

III. bei Wegfall des Rechtsgrundes einer Leistung,
IV. im Fall des verwerflichen Empfangs,
V. im Fall des sonstigen grundlosen Habens.

Der erste Fall — der Fall der Leistung einer Nichtschuld — bildet gewissermaßen den Musterfall. Der Entwurf verweist insbesondere bezüglich der Beschaffenheit der Leistung, als welche ausdrücklich auch die Einräumung des Besitzes gekennzeichnet wird, wie bezüglich des Umfangs der Rückgewähr bei den übrigen Kategorien der Kondiktionen, auf die bezüglich der Leistung einer Nichtschuld normirten Bestimmungen.

Es dürfte zunächst die Frage aufzuwerfen sein, ob diese mehrfache Gliederung bei den Kondiktionen vom gesetzgeberischen Standpunkte nothwendig oder zweckmäßig erscheint.

Die genetische Entwickelung des Kondiktionensystems im römischen Rechte, in welchem sich aus der Condictio indebiti die übrigen Kondiktionen vermöge der Rechtsanalogie herausbildeten, ließ dieselbe als eine natürliche Nothwendigkeit erscheinen[1]).

Schon hier waren aber oft die Grenzlinien zwischen der condictio indebiti und der condictio sine causa und ob rem so schmale und so verschwimmende, daß die trennenden begrifflichen Merkmale schwer zu erkennen waren.

Für die Rechtsanwendung jedoch ergaben sich bei den einzelnen Kondiktionen nicht unerhebliche praktische Verschiedenheiten.

Die condictio indebiti konnte nur im Falle eines entschuldbaren Irrthums Platz greifen; sie war ausgeschlossen, wenn die erfüllte Verbindlichkeit auch nur eine natürliche war; bei ihr fand zu Ungunsten desjenigen, welcher den Empfang der Leistung müthwillig in Abrede stellte, eine Verschiebung der Beweislast statt. Alle diese Besonderheiten der Rückforderung bei Leistung einer Nichtschuld sind durch den Entwurf beseitigt. Der Entwurf vermuthet den Irrthum desjenigen, welcher eine nicht bestehende Verbindlichkeit erfüllt hat, und schließt die Verpflichtung des Empfängers zur Rückgewähr für den Fall aus, daß der Leistende Kenntniß von dem Nichtbestande der Verbindlichkeit hatte. Der Entwurf erkennt nur in ganz bestimmten Fällen das Vorhandensein einer natürlichen, unvollkommenen Obligation an, und läßt demnach die Rückforderung im Regelfalle auch dann zu, falls Pietäts-, Anstands- oder Sittlichkeitspflichten dieselbe

[1]) Vergl. Erxleben condictiones sine causa I. S. 33.

verbieten sollten. Die Strafen des böswilligen Leugnens sind dem Entwurfe ohnedies fremd.

Beseitigt hiernach der Entwurf alle Eigenthümlichkeiten der gemeinrechtlichen condictio indebiti, so fragt man sich vergeblich, aus welchen Gründen der Fall der Leistung einer Nichtschuld eine gesonderte gesetzgeberische Behandlung erfährt. Auch die Leistung einer Nichtschuld beruht ja lediglich auf der irrigen Voraussetzung, daß die Schuld besteht und unterscheidet sich in nichts von der Leistung, welche den Eintritt eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges, oder die Existenz eines Rechtsgrundes, welcher nicht bestanden oder doch zu bestehen aufgehört, voraussetzt. Die Gewährung eines Rückleistungsanspruchs in allen diesen Fällen erscheint deshalb als der Ausfluß desselben gesetzgeberischen Gedankens. Der Entwurf verkennt dies auch nicht. Die Motive (II. S. 832) charakterisiren die condictio indebiti als einen Unterfall der condictio ob rem, erachten aber für denselben wegen seiner Häufigkeit und Wichtigkeit die besondere Normirung als nöthig. Allein dieser Grund dürfte diese formale Behandlung kaum rechtfertigen. Abgesehen von den sehr störenden Verweisungen in §§ 741, 744, 745, 747, 748 ist wohl für die Vertiefung der Rechtsnorm in dem Rechtsbewußtsein des Volkes jene legislatorische Form am förderlichsten, in welcher sich die Gemeinsamkeit und Gleichartigkeit der Rechtsgrundsätze in der Einheitlichkeit und Gleichartigkeit des gesetzgeberischen Ausdrucks wiederspiegelt.

Der dieser Forderung entsprechenden Formulirung der gesetzlichen Bestimmungen dürften, nach dem am Schlusse dieser Ausführung gemachten Versuche — einem Versuche, dessen Verbesserungsfähigkeit sehr gerne anerkannt wird — erhebliche redaktionelle Schwierigkeiten kaum entgegenstehen.

Im Einzelnen dürfte zu bemerken sein:

§ 737.

Der Ausdruck, „wenn die Verbindlichkeit nicht bestanden hat", bedarf keiner näheren Erläuterung. Niemand wird sich darüber im Zweifel befinden können, daß unter einer Verbindlichkeit, die nicht besteht, sowohl jene zu verstehen ist, die von Anfang an nicht bestanden, oder wenn sie bestanden, erloschen ist, als auch jene, deren Verfolgung durch eine peremtorische Einrede dauernd ausgeschlossen ist. Die Motive bemerken, daß es den Bestimmungen der §§ 1093, 1192

Abs. 2 entspreche, dieses letztere Moment besonders zu betonen. Allein gerade nach diesen Allegaten hat die Geltendmachung einer den Anspruch auf die Leistung dauernd ausschließenden Einrede die Erlöschung des Anspruches zur Rechtsfolge. Hiernach gewinnt die Fassung des Entwurfes, welche die bereits erloschene Verbindlichkeit der von Anfang an bestandenen schon überflüssigerweise gleichstellte, dadurch, daß sie neben der Wirkung — der Erlöschung des Anspruchs — noch einmal das ursächlich wirkende Moment — die Geltendmachung einer peremtorischen Einrede — erwähnte, eine tautologische Fassung, welche durch die Forderungen klarer Gesetzesredaktion nicht im Mindesten bedingt erscheint.

Der Entwurf erkennt den Besitz und die Innehabung als Kondiktionsgegenstand an. Hiergegen dürfte kaum eine Erinnerung zu erheben sein; allein fraglich erscheint die Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Normirung, wie solche Abs. 3 enthält. Der Ausdruck „Leistung" ist, wie die Motive S. 5 betonen, in einem ganz bestimmten Sinne als terminologischer Begriff für den Gegenstand des Schuldverhältnisses gebraucht. Unter Leistung ist im Sinne des § 206 jedes Thun oder Unterlassen des Schuldners verstanden. Daß hierunter auch die Uebertragung des Besitzes zu verstehen ist, leidet keinen Zweifel. Die besondere Betonung der Einräumung des Besitzes oder der Innehabung im § 737 ist deshalb nur geeignet, Unklarheiten insofern zu erzeugen, als an anderen Stellen des Entwurfes, beispielsweise in §§ 1847, 1848, 1853 Zweifel über den rechtlichen Umfang des Begriffs der Leistung entstehen könnten.

Der § 737 giebt endlich noch zu einem weiteren redaktionellen Bedenken Anlaß. Der Entwurf unterscheidet nicht zwischen civilen und natürlichen Verbindlichkeiten. Er schließt nur in drei Fällen das Recht aus, Leistungen zurückzufordern, obwohl eine rechtliche Verbindlichkeit zur Leistung nicht besteht: im Falle der Befriedigung eines verjährten Anspruches (§ 182 Abs. 2), im Falle einer Leistung auf Grund des Spieles oder Wette, oder des Lotterievertrags (664, 665) und endlich im Falle der Leistung einer nicht geschuldeten Ausstattung (§ 1500). Ist es wohl nun einerseits geboten im Interesse der Einheitlichkeit und Uebersichtlichkeit dieser Ausnahmfälle, wenn auch nur durch Verweisungen zu gedenken, so erscheint es andererseits wohl auch erforderlich, daß im Gesetze und nicht bloß in den Motiven der gesetzgeberische Wille, daß Leistungen in Erfüllung von Pietäts-,

Anstands- oder Sittlichkeitspflichten der Rückforderung unterliegen sollen, zum Ausdrucke gelange.

Dieser Forderung dürfte durch die Präzisirung „rechtliche Verbindlichkeit" schon genügt sein.

§ 739.

Nach Absatz 2 dieses Paragraphen entfällt die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder zur Werthvergütung, falls der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Anspruches durch die Leistung nicht mehr bereichert ist. Der Empfänger ist hiernach, selbst in jenen Fällen, in welchen er durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Handlung sich die Möglichkeit entzogen hat, das Geleistete zurückzugeben, von jeder Ersatzverbindlichkeit frei. Allein schon unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern [2]) wie in der gemeinrechtlichen Praxis [3]) ist der Satz, daß schuldloser Wegfall der Bereicherung die Verpflichtung ausschließe, keineswegs allgemein anerkannt; allein der Rechtssatz, daß in jenen Fällen, in welchen die Bereicherung mit Schuld des Bereicherten hinweggefallen ist, die Ersatzverbindlichkeit Platz greife, ist ziemlich unbestritten. Bestritten ist lediglich, unter welchen Voraussetzungen ein schuldhafter Wegfall der Bereicherung anzunehmen ist.

Nach den Bestimmungen des Code civil in Art. 1379 haftet der Empfänger für Verlust oder Entwerthung in Folge seines Verschuldens und lediglich das italienische Recht [4]) (Art. 1148) überbürdet dem Leistenden die Gefahr des Verlustes und der Entwerthung, selbst in jenen Fällen, in welchen diese durch die eigene Schuld des Empfängers veranlaßt worden sind. Allein dieser weitgehende Standpunkt dürfte dem Rechtsbewußtsein kaum entsprechen.

Insolange das verpflichtende Moment allein in jenem der ungerechtfertigten Bereicherung gefunden wurde, insolange die Konditionen als ein ganz singuläres Rechtsmittel, als Ausfluß der Billigkeit betrachtet wurden, insolange mag es auch eine Konsequenz dieser Auffassung sein, die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung nur insolange andauern zu lassen, als die Bereicherung selbst besteht. Allein verläßt man diese Auffassung und findet man, wie der Entwurf betont, das verpflichtende Moment in der Widerrechtlichkeit des des Rechtsgrundes entbehrenden Rechts- und Vermögenserwerbs, so

---

[2]) Vgl. Windscheid II § 424 Note 3. Erxleben Band 1 Seite 182.

[3]) Seuffert Archiv Band 29 Nr. 32.

[4]) Georgi Theoria delle obligationi § 156.

dürfte kaum ein Grund bestehen, die obligatorische Haftung des Empfängers nach anderen als nach allgemeinen Grundsätzen zu regeln, nach welchen zwar kasuelle Unmöglichkeit, keineswegs aber vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln die Rückleistungspflicht ausschließen.

§ 741.

Die Verweisung auf § 740 Abs. 1 und 2 dürfte den Schlußsatz des § 741 Abs. 2 überflüssig erscheinen lassen.

§ 742.

Nach dem § 742 ist bei einer Leistung unter der Voraussetzung eines künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges die Rückleistung durch den Umstand bedingt, daß diese Voraussetzung in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärung zum Ausdruck gelangt ist.

Die Motive betonen, daß die Voraussetzung erklärt sein muß entweder ausdrücklich oder stillschweigend, und verweisen bezüglich des Inhalts der stillschweigenden Willenserklärung auf die Bestimmung des § 72, welche die Definition dieses Begriffs der Wissenschaft vorbehält.

In dieser Fassung statuirt das Gesetz offenbar die Forderung, daß die von dem Leistenden gewollte Voraussetzung entweder ausdrücklich oder doch mindestens durch konkludente Handlungen, in welchen der Wille des Leistenden sich ausprägt, zur Erklärung gelangt. Allein diese Forderung dürfte sich nicht rechtfertigen.

Die Sicherheit des obligatorischen Rechtsverkehrs, welche wie Regelsberger[5]) bemerkt auf der Zuverlässigkeit des dritten Personen allein erkennbaren äußeren Verhaltens der Menschen, genauer, auf der Uebereinstimmung des Verhaltens mit der Willensrichtung seines Urhebers beruht, erfordert wohl nicht mehr, als daß die Voraussetzung, von welcher der Leistende bei seiner Leistung ausgeht, dem Empfänger derselben erkennbar werde.

Fordert man besondere konkludente Handlungen, in welchen diese Selbstbeschränkung des Willens sich ausprägen soll, so müßte man die Kondiktion in einer Reihe von Fällen versagen, in welchen die Leistung in ihrer äußeren Erscheinung schon eine solche ist, daß die Beschränkung, unter welcher Hingabe und Annahme derselben erfolgt, sich aus den Umständen ergiebt.

---

[5]) Vgl. Regelsberger in Endemanns Handelsrecht II S. 449.
Vgl. G. Hartmann im Archiv für civile Praxis Bd. 72 S. 161.

Wenn beispielsweise Jemand zum Beamten einer Aktiengesellschaft ernannt wird und er nach seiner Ernennung auf Grund statutarischer Verpflichtung genau die statutengemäß vorgeschriebene Zahl von Aktien zeichnet, so dürfte, falls sein Vertragsverhältniß vor Antritt seiner Funktion sich aus irgend einem Grunde wieder lösen sollte, der Anspruch auf Rückleistung sicherlich gerechtfertigt sein und die Umstände des Falles zu der Annahme zwingen, daß für ihn die Existenz des Vertragsverhältnisses die Voraussetzung für die Aktienzeichnung bildete. Fordert man aber besondere konkludente Handlungen, durch welche diese Voraussetzung erklärt werden muß, so muß man die Rückforderung ausschließen.[6])

Ein Arbeiter wird am Auge verletzt, nach wochenlanger ärztlicher Behandlung als geheilt entlassen, und verzichtet gegen eine der Zeit seiner Arbeitslosigkeit entsprechende Entschädigung auf jeden weiteren Anspruch. Nach Jahresfrist zeigt es sich, daß ein Splitter im Auge zurückgeblieben ist, und nur durch eine Operation, welche den Verlust des Auges zur Folge hat, sein Leben zu erhalten ist. Kann es in diesem Falle zweifelhaft sein, daß der Verzicht lediglich unter der Voraussetzung erklärt wurde, daß der Arbeiter wirklich geheilt war, und war nicht auch für dessen Mitkontrahenten diese Voraussetzung nicht nur erkennbar, sondern zweifellos?

Prägt sich der innere Wille in genügender Klarheit in der Gesammtheit der Umstände aus, so muß dies genügen. Soll das ethische Moment im Recht zum Durchbruch gelangen, so muß es genügen, daß die Voraussetzung erkennbar ist, nicht daß sie ausdrücklich oder stillschweigend erklärt ist. 742

§ 743.

Ziffer 1 dieses Paragraphen schließt die Rückforderung aus, wenn die Voraussetzung, unter welcher geleistet worden, von der Art ist, daß von dem Geber durch die Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist. Es wird kaum ein Fall denkbar sein, in welchem die Annahme einer unter solch unsittlichen Voraussetzungen gemachten Leistung sich nicht als ein verwerflicher Empfang darstellt. Nachdem aber Abs. 3 des § 747 ausdrücklich das Rückforderungsrecht dann ausschließt, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder gegen

[6]) Entscheidungen des R. O. H. G. VII S. 433.

die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist, so dürfte diese Ziffer sich sicherlich als überflüssig darstellen.

§ 744 und 745

entfallen nach den am Schlusse folgenden Redaktionsvorschlägen.

§ 746.

Dieser Paragraph stellt sich als eine Aenderung der Civilprozeßordnung dar. Er fixirt den Eintritt der Rechtshängigkeit in den Fällen, in denen auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils oder eines unter Vorbehalt der Rechte oder in der Berufungsinstanz unter Vorbehalt der Geltendmachung weiterer Vertheidigungsmittel ergangenen Urtheils eine Leistung erfolgt ist, und erachtet den Zeitpunkt der Leistung gleichzeitig als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit. Allein hier ist eine Lücke unverkennbar. Denn den Leistungen auf Grund vorläufig vollstreckbarer Urtheile sind sicherlich Leistungen auf Grund eines Vollstreckungsbefehles, Leistungen auf Grund von exekutorischen Urkunden, Leistungen auf Grund von Arresten und einstweiligen Verfügungen vollständig gleichzustellen.

Es ist nicht abzusehen, aus welchen Gründen derartige Leistungen, falls der Vollstreckungstitel wieder aufgehoben würde, nach andern Grundsätzen zu behandeln seien, als die in § 746 Abs. 1 erwähnten.

Die Motive zu diesem Paragraphen erwähnen diese Fälle gar nicht und gedenken lediglich der Wiederaufhebung eines rechtskräftigen Urtheils, in welchem Falle zwar die condictio ob causam finitam begründet erachtet werden muß, bemerken dagegen jedoch ohne weitere Begründung, daß in diesem Falle der Rückforderungsanspruch im Zeitpunkte der Leistung nicht als rechtshängig geworden gelten könne.

Bestehen hier zweifellos erhebliche Lücken, so besteht aber noch das weitere Bedenken, daß der § 745 Abs. 1 sich als eine weitere Ergänzung des § 655 Abs. 2 der C. P. O., § 745 Abs. 2 dagegen als eine solche der §§ 136, 274, 491 der C. P. O. darstellt.

Eine derartige Vermengung rein civilprozessualer und civilrechtlicher Normen verstößt gegen die Forderung der Einheitlichkeit und Uebersichtlichkeit der Kodifikation. Nachdem eine Revision der Civilprozeßordnung kaum vermeidbar ist, so erscheint es wohl umsoweniger angemessen, Aenderungen derselben bald in einem besonderen Gesetze (vgl. § 826), bald im Einführungsgesetze zur Civilprozeßordnung (vgl. § 745 Note 1 § 1250 II, III § 1278, § 1476 Note 1) bald im Civilgesetzbuche selbst zu zersplittern. Hiezu kömmt noch der weitere

Umstand, daß die viel bestrittene Frage, ob die Vollstreckung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheils oder eines sonstigen Vollstreckungstitels (Arrestes 2c.) für den Fall der Aufhebung des Urtheils oder des Arrestes zum Schadensersatze verpflichten, weder in § 715 des Entwurfes noch hier ihre gesetzliche Regelung gefunden hat, sodaß die Bestimmung allein, in welchem Zeitpunkte für derartige Rückleistungsansprüche die Rechtshängigkeit eintritt, als ungenügend erscheint. Hienach dürfte der § 746 vollständig zu streichen und der Revision der Civilprozeßordnung zu § 655 vorzubehalten sein.

§ 747.

Auch wenn die Annahme einer Leistung gegen die öffentliche Ordnung verstößt, liegt ein verwerflicher Empfang im Sinne des Entwurfs vor.

Diese Bestimmung erscheint als Korrelat des § 106, welcher Rechtsgeschäfte, deren Inhalt gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung verstößt, als nichtig erklärt.

In einem gewissen Gegensatze hiezu steht § 344, welcher vertragsmäßige Leistungen, sofern sie unmöglich oder durch Gesetz verboten sind, oder gegen die guten Sitten verstoßen, als nichtig bezeichnet. Des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung ist hier nicht erwähnt.

Die Motive zu § 106 verkennen auch nicht die Bedeutsamkeit des gesetzgeberischen Schrittes, welcher dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum einräumt.

Es darf wohl nicht ohne Grund behauptet werden, daß der Spielraum ein zu weiter ist.

Das Gebiet der öffentlichen Ordnung ist ein weites, schwer abzugrenzendes, kaum zu übersehendes.

Im Interesse der öffentlichen Ordnung ist in verschiedenen Staaten den autonomen Organen (Land-Distrikts-Kreisgemeinden) ein ziemlich schrankenloses Gesetzgebungsrecht eingeräumt. Verträgen, die mit diesen ziemlich bunten und mannigfaltigen Manifestationen der gesetzgeberischen Autonomie sich in Widerstreit setzen, die privatrechtliche Wirksamkeit zu versagen, erscheint doch im hohen Grade bedenklich. Wenn beispielsweise mehrere Gemeindeglieder gegen eine Aversalsumme mit der Gemeindeverwaltung sich von der Verpflichtung einen Zuchtstier zu halten, befreien lassen, so mag dieser Vertrag den landwirthschaftlichen Interessen zuwiderlaufen und sich als ein Ver-

trag gegen die öffentliche Ordnung charakterisiren, dem das öffentliche Recht die Wirksamkeit versagen mag; denselben aber auch vom privatrechtlichen Standpunkt aus zu verfehmen, sodaß die bereits erfolgten vermögensrechtlichen Leistungen sich der Gemeinde gegenüber als ein verwerflicher Empfang darstellen, und der Rückforderung nicht unterliegen, besteht kaum ein zureichender Grund.

In der Regel werden sich Verträge gegen die öffentliche Ordnung und Verträge gegen die guten Sitten begrifflich decken. So unterlag beispielsweise die Sittenwidrigkeit der gegen das Prinzip der Gewerbefreiheit verstoßenden Verträge in der Praxis auch nicht dem mindesten Bedenken.

In den Fällen, in denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, dürfte kaum ein Anlaß geboten sein, aus ethischen Gründen das Gebiet der nichtigen Verpflichtungen zu erweitern; dagegen ist bei Leistungen, welche einem Verbotsgesetz zuwiderlaufen, der Rückleistungsanspruch nicht zuzulassen.

§ 748.

Der § 748 formulirt als rechtliche Voraussetzungen der sog. condictio sine causa rechtlose Bereicherung aus dem Vermögen eines Andern, soferne sie ohne dessen Willen oder ohne dessen rechtsgiltigen Willen erfolgt ist.

Diese Fassung ist zu eng. In dieser beschränkten Anwendung entspricht die condictio sine causa aber umsoweniger den Bedürfnissen des Rechtslebens als dem Entwurf eine Klage wegen nützlicher Verwendung sowohl im Sinne des gemeinen wie des preußischen Rechts (Motive II, S. 872) fremd ist.

Zu eng erscheint vor allem die Fassung, weil nach ihr lediglich eine absolute, nicht auch eine relative Bereicherung d. h. eine Bereicherung vom Standpunkte des Kondizenten die condictio sine causa begründen soll.

Wird beispielsweise bei einer Zwangsvollstreckung eine dem Schuldner nicht gehörige Sache gepfändet und versteigert und der Gläubiger aus deren Erlös befriedigt, so kann der Eigenthümer denselben nicht kondiziren: denn der Gläubiger wird durch die Empfangnahme des Versteigerungserlöses vom Gerichtsvollzieher, welche die Stelle der Zahlung durch den Schuldner vertritt, lediglich mit seinem Guthaben befriedigt, und ist somit nicht bereichert.[7]) Noch weniger

[7]) Vgl. Förster-Eccius V. Auflage II S. 139 Note. Entscheidungen des Reichsgerichts XIII. S. 183. Abweichende Entscheidung des R.-G. 30a Bd. 8 S. 204. Seuffert Archiv Bd. 35 Nr. 294 Bd. 37 Nr. 355.

liegt eine Bereicherung im Sinne des Entwurfes, eine Bereicherung, zu welcher ein rechtlicher Grund fehlt vor.

Und dennoch liegt ein relativ rechtloser Vermögenserwerb vor. Die Rechtlosigkeit desselben tritt nämlich in den Beziehungen des Bereicherten zu dem Eigenthümer der widerrechtlich gepfändeten Sache hervor.

Welche Berechtigung besteht für den Gläubiger, sich mit fremdem Eigenthum für seine Forderung zu befriedigen? Erlangt letzterer rechtzeitig von der Pfändung Kenntniß, so steht ihm das unbestrittene Recht zu, die Sistirung und die Freigabe seines gepfändeten Eigenthums vom Pfandverband zu erwirken. Erlangt er diese Kenntniß vor der Versteigerung nicht, so soll ihm, abgesehen von der in den meisten Fällen aussichtslosen Entschädigungsklage gegen den insolventen Schuldner, der Weg der Kondiktion verschlossen sein. Aus demselben Grunde müßte aber dieselbe ausgeschlossen sein, wenn ein Pfandgläubiger auf Grund eines angefochtenen Vertheilungsplanes den Betrag erhalten hat, auf welchen ein anderer Pfandgläubiger mit Grund Ansprüche erhebt, ohne jedoch rechtzeitig diesen seinen Widerspruch gegen den Vertheilungsplan im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zu verfolgen. Denn auch in diesem Falle hat der zur Ungebühr befriedigte Gläubiger nicht mehr empfangen, als er von seinem Schuldner zu beanspruchen hat. Und dennoch gewähren die meisten Subhastationsordnungen und die Praxis dem verkürzten Pfandgläubiger auch nach Versäumung der für die Verfolgung seines Widerspruches laufenden Nothfrist ein Kondiktionsrecht.[8])

Hält man an dem Erforderniß der absoluten Rechtlosigkeit der Bereicherung fest, so wird man auch selbst die Kondiktion gegen den befriedigten Cessionar in den Fällen versagen müssen, in welchen die im Wege der Cession auf den Cessionar übergegangene und vom cedirten Schuldner getilgte Forderung, wie dies nach der Zahlung festgestellt wurde, nicht zu Recht besteht.

Auch in diesem Falle liegt, wenn man nicht die Frage des Rechtsgrundes der Zahlung vom Gesichtspunkte des Zahlenden aus prüft, sondern lediglich berücksichtigen wollte, daß der Cessionar als Käufer der Forderung befriedigt wurde, keine unrechtmäßige Bereicherung vor. Dennoch gewährt die Praxis in diesen Fällen die Kondiktion.

---

[8]) Vgl. Foerster-Eccius, a. a. O. II. S. 439 Note 30b. Seuffert Archiv Bd. 42 Nr. 87.

Die Fassung des § 748 erscheint aber auch aus dem Grunde als zu eng, weil der Ausdruck „aus dem Vermögen" sehr leicht die Deutung erfahren kann, als ob ein unmittelbarer Vermögensübergang vom Kondizenten auf den Empfänger die Voraussetzung der Kondiktion bilde. Nicht selten bildet eine unmittelbare vermögensrechtliche Beschädigung des Kondizenten nicht den Gegenstand der Kondiktion, indem der Gegenstand der Bereicherung sich noch garnicht im Vermögen des Kondizenten befunden hatte.

Wenn beispielsweise der Kondizent einen Hypothekengläubiger befriedigt und dieser, statt die Hypothek zu löschen, dieselbe einer Bank als Kaution für einen dem Kondizenten zu bewilligenden Kredit cedirt, so würde man, falls die Bank den Kredit nicht bewilligt, der Kondiktion versagen müssen, da der Gegenstand der civilrechtlichen Bereicherung eine Forderung ist, welche streng genommen noch keinen Vermögensbestandtheil des Kondizenten bildete.[9]) Die Praxis hat jedoch in diesen Fällen kein Bedenken getragen, die Kondiktion wegen grundlosen Habens — von einer Kondiktion wegen nicht erfolgter Gegenleistung konnte schon darum keine Sprache sein, weil ja der Kondizent keine Leistung bewirkt hat — zuzulassen[10]).

Auch in dem vorher erwähnten Falle, in welchem sich Jemand in einem Vertheilungsverfahren zur Ungebühr den Antheil eines Anderen aneignet, entfließt die Bereicherung nicht dem Vermögen des Kondizenten, sondern dem des Schuldners als unmittelbarer Quelle und wird dieselbe nur durch einen Eingriff in die Vermögensrechte des Letzteren vermittelt.

Der Ausdruck „Bereicherung aus fremdem Vermögen" deckt nicht den Fall der Nichtvermehrung fremden Vermögens[11]). In dem letzt erwähnten Falle kann auch nicht gesagt werden, daß die Vermögensbeeinträchtigung ohne den Willen oder ohne rechtsgiltigen Willen des Kondizenten erfolgt ist. Insoferne er den rechtzeitigen Widerspruch unterlassen und in jeder Unterlassung die Aeußerung eines Willens, wenn auch negativer Natur, enthalten ist, liegt sogar eine Bereicherung mit seinem Willen vor. Dessenungeachtet wird man die Kondiktion nicht versagen dürfen.

---

9) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 29 Nr. 33.

10) Vgl. Bolze V. S. 78. Seuffert Archiv. Bd. II. Nr. 57. Bl. f. R. A. in Bayern. Bd. 38. S. 126.

11) Windscheid § 421 Ziff. 2 (V. Aufl. S. 889.)

Hieraus ergiebt sich aber weiter, daß der Vermögenserwerb ohne den Willen oder rechtsgültigen Willen, mag auch in dieser Form die rechtlose Bereicherung am öftesten sich ausprägen, keineswegs das begriffliche Merkmal für die condictio sine causa bilden darf.

Diese Ausführungen dürften folgende Aenderungsvorschläge rechtfertigen, zunächst mit Rücksicht auf die Begründung der Motive, nach welcher die Bereicherung nicht als das den Rückleistungsanspruch rechtfertigende Moment erscheint, als Titelüberschrift:

Erster Titel.

Ansprüche auf Rückleistung.

I. Leistung auf Grund unrichtiger Voraussetzungen.

§ 737.

Wer bei seiner Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit das Bestehen einer rechtlichen Verbindlichkeit voraussetzt, welche in Wirklichkeit nicht besteht, kann von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern.

Wer ferner bei seiner Leistung den Eintritt oder Nichteintritt eines nicht eingetretenen künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolgs in einer dem Empfänger erkennbaren Weise vorausgesetzt, oder wer eine Leistung aus einem Rechtsgrunde bewirkt hat, welcher später hinweggefallen ist, ist gleichfalls zur Rückforderung des Geleisteten dem Empfänger gegenüber berechtigt.

§ 738.

Ist eine Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit vor deren Fälligkeit bewirkt, so findet eine Rückforderung nicht statt; auch können Zwischenzinsen nicht verlangt werden.

§ 739.

Die Rückforderung ist, von den Fällen des § 182 Abs. 2, § 664, 665 1500 abgesehen, ausgeschlossen:

1. falls der Leistende zur Zeit der Leistung davon Kenntniß hatte, daß die von ihm erfüllte Verbindlichkeit nicht bestand,
2. falls der Leistende die Erfüllung der Voraussetzung, unter welcher die Leistung bewirkt wurde, in einer dem Inhalte des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufenden Weise verhindert hat,

3. falls von Anfang an die Erfüllung der Voraussetzung unmöglich und die Unmöglichkeit dem Leistenden bekannt war.

§ 740.

Ist die Rückleistung durch die Beschaffenheit des Geleisteten ausgeschlossen oder der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruches das Geleistete herauszugeben außer Stande, so hat der Empfänger den Werth des letzteren zu vergüten.

§ 741.

Die Verbindlichkeit zur Rückleistung erstreckt sich auf dasjenige, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben hat.

Hat der Empfänger eine zum Eigenthume empfangene Sache herauszugeben oder einen an ihn veräußerten, zur Zeit der Veräußerung bestehenden Nießbrauch zurückzugewähren, so bestimmen sich seine Verpflichtungen zur Herausgabe und Vergütung der Nutzungen nach den Vorschriften über die Verpflichtungen des Besitzers gegenüber dem Eigenthümer.

Der Empfänger ist zur Herausgabe des Gegenstandes nur gegen Vergütung aller auf denselben vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen verpflichtet; er hat jedoch ein Recht auf Vergütung von Verwendungen nur in so weit, als er nicht durch Nutzungen, welche ihm verbleiben, bereichert ist.

§ 742.

Ist dem Empfänger bei dem Empfang der Leistung bekannt gewesen, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wurde, nicht bestand, oder daß der Rechtsgrund, aus welchem die Leistung bewirkt wurde, hinweggefallen ist, oder die Voraussetzung, auf Grund deren die Leistung erfolgte, sich nicht verwirklichen kann, sowie daß der Leistende hiervon nicht unterrichtet war, so ist er dem Leistenden zum Schadensersatz nach Maßgabe der Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen verpflichtet.

Erlangt der Empfänger die im ersten Absatz erwähnte Kenntniß erst nach Empfang der Leistung, aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit, so finden bezüglich seiner Verpflichtung

zur Rückleistung die Bestimmungen des § 740 und 741 mit dem Abmaße Anwendung, daß an die Stelle des Zeitpunktes des Eintritts der Rechtshängigkeit der Zeitpunkt tritt, in welchem er die Kenntniß erlangt hat.

II. Verwerflicher Empfang.

§ 743.

Ist von dem Empfänger einer Leistung durch deren Annahme nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen worden, so kann der Geber das Geleistete zurückfordern.

Der Empfänger ist von der Zeit des Empfanges an zur Herausgabe des Geleisteten nach Maßgabe der Vorschriften verpflichtet, welche gegen den Empfänger einer Nichtschuld gelten, wenn dieser nach der Leistung erfahren hat, daß die Verbindlichkeit zu deren Erfüllung geleistet worden ist, nicht bestanden hat.

Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstoßen worden ist.

III. Sonstiges grundloses Haben.

§ 744.

Wer sich mittelbar oder unmittelbar Vermögen eines Andern aneignet, ohne daß für die hierdurch diesem gegenüber bewirkte Vermögensverminderung ein rechtlicher Grund besteht, ist zur Rückleistung der sich angeeigneten Vermögensgegenstände verpflichtet.

Als ein rechtlicher Grund ist es im Zweifel anzusehen, wenn ein Rechtsverlust auf einer diesen bestimmenden Vorschrift beruht.

Auf die Verpflichtung zur Rückleistung finden die Vorschriften der §§ 740, 741 und 742 entsprechende Anwendung. Die Verpflichtung zum Schadensersatze aus unerlaubter Handlung bleibt unberührt.

Zweiter Titel.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Die Bestimmungen des Entwurfes begünstigen keineswegs die auftragslose Geschäftsführung. Die wenig freundliche Stellung, welche derselbe gegenüber dieser Verpflichtungsform einnimmt, gelangt vorzugsweise in den Bestimmungen des § 753 zum Ausdruck. Hiernach entzieht jeder selbst unverschuldete Verstoß gegen die Intentionen des Geschäftsherrn dem Geschäftsführer seine Ansprüche gegen diesen.

Die Absicht des Geschäftsherrn ist hiernach das oberste Gesetz. Das individuelle Wollen desselben, ja selbst das Wollen aus Eigensinn und Laune [12]) ist entscheidend und bestimmend für die rechtliche Zulässigkeit einer Geschäftsführung an und für sich, wie für die Einzelheiten ihrer Bethätigung, da das Recht Niemanden zur Anwendung der Sorgfalt in seinen eigenen Angelegenheiten zwingt.

Nach dieser Auffassung charakterisirt sich der unberufene Eingriff in fremde Vermögensrechte als eine widerrechtliche, an und für sich keine Rechtsansprüche erzeugende Handlung, welche nur dann des Charakters der Rechtswidrigkeit entkleidet wird, falls sie vom Geschäftsherrn gebilligt ist, oder öffentliche Interessen — in diese Kategorie gehört auch die Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltungspflicht — gewahrt werden.

Allein gegen diese äußersten Konsequenzen einer das Vermögensinteresse des Geschäftsführers nach ausschließlich subjektiven Momenten bestimmenden Auffassung ist schon von einer Reihe gemeinrechtlicher Theoretiker lebhafter Widerspruch erhoben worden [13]).

Weder das preußische Recht [14]), noch die französische oder die italienische Gesetzgebung nehmen diesen Standpunkt ein.

Der Code civil (Art. 1375) übersetzt das utiliter gestum des römischen Rechtes mit l'affaire bien administrée, auch der Codice civile (1144) mit l'affare bene amministrato [15]).

In der That entspricht die Ueberbürdung der kasuellen Haftung auf den Geschäftsführer — für Vorsatz und Fahrlässigkeit, beispiels-

[12]) Vgl. Monroy, vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte. S. 29. 175.

[13]) Vgl. Windscheid Bd. II S. 637 (§ 430 Note 17), Vangerow III S. 523, 524, Ruhstrat in Iherings Jahrbücher für Dogmatik III S. 285.

[14]) Eccius Förster II S. 445.

[15]) Giorgi, Theoria della obligazioni S. 81.

weise für eine fahrlässige, ohne genügende Erkundigung bethätigte Tilgung einer Nichtschuld, haftet der Geschäftsführer ohnedies — keineswegs den Grundsätzen gesetzgeberischer Konsequenz.

Wenn in den Obligationsformen, in welchen der Wettstreit und Ausgleich der beiderseitigen Interessen in Frage kommt für die Vertheilung der Gefahr theils der Grundsatz des Eigenthums, wie beim Kauf (§ 544), theils der Grundsatz der überwiegenden Nutzung, wie beim Pacht (§ 563) entscheidend ist, erscheint es doch nicht gerechtfertigt bei einem Schuldverhältniß, welches doch wesentlich im Interesse des Geschäftsherrn begründet wird, unter Anwendung der strengsten Grundsätze dem Geschäftsführer die Haftung für den Zufall zu überbürden.

Noch aus einem andern Grunde erscheint aber der Standpunkt des Entwurfes bezüglich der Voraussetzungen für die Haftung des Geschäftsherrn als ein allzustrenger. Es mag ja sein, daß in nicht seltenen Fällen die Geschäftsführung vorwiegend im eigenen Interesse des Geschäftsführers unternommen wird: allein als die typische Erscheinung der Geschäftsführung können und dürfen diese Fälle nicht gekennzeichnet werden.

In der Mehrheit der Fälle ist die Geschäftsführung der Ausfluß menschlicher Hilfsbereitschaft.[16]) Diesen Regungen der Humanität, der werkthätigen Menschenhilfe, darf die Rechtsordnung nicht entgegenwirken. Gewiß sind dieselben von einer Gesetzgebung, die sich nicht den Forderungen der Ethik vollständig verschließen will, nach Möglichkeit zu fördern. Ist es beispielsweise gerechtfertigt, daß die Gesetzgebung dem Arzt, der einen Selbstmörder in's Leben zurückgerufen hat, und ihm, während er möglicherweise noch mehrere Tage bewußtlos liegt, seinen ärztlichen Beistand leistet, jedes Anspruchs auf Honorirung entzieht? Nach dem Entwurfe ist dies der Fall. Die Leistung des ärztlichen Beistandes entspricht nicht dem Willen des Selbstmörders: sie verstößt sogar gegen seinen klar genug zum Ausdruck gebrachten Willen, nicht länger zu leben, sondern zu sterben. Einer der beiden Ausnahmsfälle des § 755 liegt nicht vor, insbesondere kann nicht behauptet werden, daß der das Leben des Selbstmörders rettende Arzt eine diesem obliegende Verpflichtung im öffentlichen Interesse erfüllt.

Es könnte kaum als ein kultureller Fortschritt genannt werden, wenn eine Gesetzgebung dem Eigenwillen eines Einzelnen einen der-

[16]) Vgl. Kohler in Iherings Jahrbücher XXV S. 42.

artigen Einfluß einräumt, welcher ihm gestattet unter Verletzung, vielleicht seiner und seiner Familie vitalsten Interessen seinen Rechtskreis hermetisch von jedem Eingriffe eines Dritten zu verschließen. Der Gesichtspunkt, daß Niemand eine fremde Bevormundung sich gefallen zu lassen brauche, ist nicht durchgreifend. Der Entwurf selbst trifft Bestimmungen, deren bevormundender Charakter sich nicht in Abrede stellen läßt. So untersucht er beispielsweise in § 1001 keineswegs, ob der Eigenthümer das im Nießbrauch eines Dritten befindliche Immobile versichert haben will. Das Gesetz zwingt den Nießbraucher ohne Rücksicht hierauf zur Versicherung gegen Feuersgefahr sowie zur Versicherung gegen andere Unfälle, soweit dieselbe durch die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters geboten ist. Das Motiv dieser Bestimmungen ist, abgesehen von der die Versicherungen begünstigenden gesetzgeberischen Tendenz, kein anderes, als weil es diese Maßnahmen ohne Rücksicht auf den Willen des Eigenthümers als unentbehrlich erachtet. Ist es nun nicht ein Widerspruch, wenn demjenigen, welcher ausschließlich im Interesse eines Dritten eine solche für den Schutz des Eigenthums als unentbehrlich erachtete Maßnahme vorkehrt, deren Unterlassung nicht nur den Eigenthümer, sondern auch dessen ganze Familie an den Bettelstab bringen würde, demjenigen den Ersatzanspruch nur um deswillen versagt wird, weil der Eigenthümer aus Laune oder Eigensinn eine Versicherung nicht gewollt hat?

Es dürften deshalb den Ausnahmsfällen des § 755, in denen der Geschäftsherr verpflichtet wird, auch wenn die Geschäftsführung seinem Willen nicht entspricht, noch jene Fälle anzureihen sein, in welchen durch die Geschäftsführung von der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn eine dringende Gefahr oder ein unersetzlicher Nachtheil abgewendet wird. Dem richterlichen Ermessen darf in dieser Richtung billigerweise der freieste Spielraum eingeräumt werden.

Die Rücksicht der Ethik und der Gerechtigkeit verbieten aber auch die allzuenge Fassung des § 755, welche den Geschäftsführer lediglich auf Ersatz seiner Aufwendungen und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten beschränkt.

Die Analogie des § 595, auf welche ausdrücklich verwiesen wird, gestattet eine Ersatzpflicht des Geschäftsherrn lediglich bezüglich jener Aufwendungen und Verpflichtungen als begründet zu erachten, welche zum Zwecke der Geschäftsführung für erforderlich anzusehen sind. Bezüglich eines allenfallsigen Schadensersatzes, insbesondere des Er-

satzes des durch Zufall eingetretenen Schadens, lehnt das Gesetz, wie die Motive (Bd. II S. 541) entnehmen lassen, wegen Vielgestaltigkeit der Fälle jede Entscheidung ab.

Die Richtigkeit dieser negativen Entscheidung des Gesetzes für das Auftragsverhältniß mag unerörtert bleiben. Dem Geschäftsführer aber, welcher von der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn eine dringende Gefahr abwendet und hierbei in Folge eines Zufalls einen Schaden erleidet, den Anspruch auf vollständige Schadloshaltung zu versagen, verstößt wohl gegen die Grundsätze der Billigkeit[17]). Es ist gewiß keine zu ideale Anschauung, wenn beispielsweise derjenige, welcher ein scheues, mit dem Wagen einem Abgrund sich näherndes Pferd zum Stehen bringt und hierbei durch das Pferd verletzt wird, so daß er wochenlang krank liegt und seinen Arbeitsverdienst entbehrt, als berechtigt erklärt wird, den Ersatz seiner Kurkosten und seines entgangenen Arbeitsverdienstes von dem geretteten Insassen des Wagens zu beanspruchen.

Einen solchen Ersatzanspruch rechtfertigt schon der Gesichtspunkt, daß dem Geretteten nicht etwa nur das ideale unschätzbare Gut des Lebens oder der Gesundheit erhalten blieb, sondern daß ihm nach menschlicher Berechnung eine Ausgabe und dadurch ein vermögensrechtlicher Nachtheil erspart wurde. Ohne das rettende Dazwischentreten des bei seinem Rettungswerke Verletzten würde aller Wahrscheinlichkeit nach der Gerettete, wenn nicht getödtet, jedoch in einem so hohen Grade verletzt worden sein, daß ihm oder seinen Angehörigen (bei einer Tödtung infolge der Beerdigungskosten und des Verlustes der Arbeitskraft, bei einer Verletzung infolge der Krankheitskosten und des Verdienstentganges) wenn nicht ein höherer, so doch derselbe vermögensrechtliche Nachtheil zugegangen wäre, wie demjenigen, der ihn aus einer drohenden Gefahr befreit.

Diese Rücksicht ausgleichender Gerechtigkeit trifft nicht nur für die Fälle zu, in welchen persönliche Gefahren abgewendet werden, sondern auch für diejenigen, in welchen dem Vermögen drohende Nachtheile fern gehalten wurden. Wenn beispielsweise Jemand bei einer drohenden Ueberfluthung durch seine Geistesgegenwart ein Anwesen vom Untergange rettet und hiebei einen bleibenden Nachtheil erleidet oder bei einer drohenden Gasexplosion ein Fabrikgebäude rettet und hiebei verstümmelt wird, so ist es gewiß nur

[17]) Vgl. Eccius-Förster Bd. II S. 453.

eine Forderung ausgleichender Gerechtigkeit, daß demjenigen, welcher ohne Rücksicht auf eigene Gefahr zum Vortheile eines Anderen eingegriffen, für die hiebei ihm zugegangenen Nachtheile der Erwerbsunfähigkeit von demjenigen, von welchem er so schwere vermögensrechtliche Nachtheile abgewendet hat, voller Schadensersatz wird. Mag man auch nicht so weit gehen, um in solchen Fällen eine Belohnungspflicht[18]) zu statuiren, eine Schadensersatzpflicht als Rechtspflicht zu normiren dürfte nur gerecht und billig erscheinen.

Hienach dürfte, da die übrigen Bestimmungen des Entwurfes über die Geschäftsführung nur vollständig sachgemäß erscheinen, für den § 755 folgende Fassung vorzuschlagen sein:

§ 755.

„Ist durch die Geschäftsführung von der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn eine dringende Gefahr oder ein unersetzlicher Nachtheil abgewendet, oder die im öffentlichen Interesse gebotene Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden Verbindlichkeit bewirkt worden, welche ohne die Geschäftsbesorgung nicht ordnungsmäßig erfüllt worden wäre, so steht dem Geschäftsführer der im § 753 bezeichnete Anspruch auch dann zu, wenn er gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gehandelt hat. Dasselbe gilt, wenn von dem Geschäftsführer die Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflicht bewirkt, welche ohne die Geschäftsbesorgung nicht ordnungsmäßig erfüllt worden wäre.

In allen diesen Fällen steht dem Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn ein Anspruch auf vollen Schadensersatz (§ 218) zu.“

Dritter Titel.

Gemeinschaft.

§ 763.

Nach den Bestimmungen des Entwurfs wird das Recht der Gemeinschaft durch den Grundsatz beherrscht, daß die Verfügung über

[18]) Vergl. Kohler in Iherings Jahrbücher XXV. 129.

den Gegenstand der Gemeinschaft allen Theilhabern nur gemeinschaftlich zustehe. Eine Konsequenz dieses Prinzips ist die Gemeinschaftlichkeit der Verwaltung, welche nur der Gesammtheit aller Theilhaber zusteht, insofern nicht durch Stimmenmehrheit eine der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entsprechende und das Antheilrecht des einzelnen Theilhabers nicht verletzende Verwaltung beschlossen wird. Aber auch dieses Mehrheitsprinzip erleidet in dem Falle, daß eine Aufhebung der Gemeinschaft weder rechtlich zulässig, noch möglich ist (§ 772), insoferne eine Modifikation, als jeder Theilhaber in Ermangelung einer anderen rechtsverbindlichen Bestimmung eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung beanspruchen kann.

Als weitere Sonderrechte des Theilhabers erkennt der Entwurf an

1. das Recht der selbstständigen Verfügung jedes Theilhabers über seinen Antheil (§ 76);
2. das Gebrauchsrecht an dem gemeinschaftlichen Gegenstande, soweit dessen Ausübung die übrigen Theilhaber nicht beeinträchtigt und
3. das Recht auf verhältnißmäßigen Fruchtgenuß (§ 765).

Handelt es sich endlich um Maßregeln, deren Nothwendigkeit durch die Erhaltung des Gegenstandes bedingt ist, so ist die Einwilligung hiezu von jedem Theilhaber im Voraus zu ertheilen und kann (Motive II S. 878) dieselbe im Wege der Klage erzwungen werden.

Diese Ausgestaltung des Gemeinschaftsrechts bietet insoferne zunächst eine gesetzgeberische Lücke, als Entwurf und Motive über die Befugnisse jedes Einzeltheilhabers zur prozessualen Verfolgung ihrer Rechte vollständig schweigen. Diese Lücke ist gegenüber den Bestimmungen des Entwurfs über die Berechtigung des Einzelgläubigers bei einer Mehrheit von Gläubigern (§ 339) wie gegenüber jenen (§ 951), über die prozessualen Rechte des Miteigenthümers, nach welchem diesem gegen Mitbesitzer, sowie gegen jeden Inhaber der Sache die possessorischen und petitorischen Rechtsmittel eingeräumt werden, besonders auffallend. Das Recht der selbstständigen Verfügung über den Antheil überhaupt, also zur Veräußerung, zeitweisen Ueberlassung 2c. 2c. desselben schließt allerdings auch das Recht der prozessualen Disposition bezüglich dieses Antheiles in sich ein. In jenen Fällen, in welchen sich die Rechtsverletzung speziell gegen den Antheil eines einzelnen Theilhabers richtet, ist hiernach diesem die Befugniß zur prozessualen Verfolgung seiner bedrohten

Antheilsrechte wohl eingeräumt. In jenen Fällen dagegen, in welchen der Angriff des Dritten sich nicht gegen das Einzelrecht, sondern gegen das Recht der Gemeinschaft in seiner Ganzheit richtet, wird nach dem Entwurfe dieses Recht dem einzelnen Theilhaber versagt. Vielmehr würde nach dem Schlußsatz des § 766 beispielsweise von zwei Inhabern eines Patentrechtes der eine gegen der Andern darauf klagen müssen, daß derselbe seine Einwilligung dazu ertheilt, daß die unbefugte Nachahmung eines patentirten Gegenstandes verfolgt wird. Daß dieser Weg ein sehr unzweckmäßiger ist, ja in sehr vielen Fällen der eine Theilhaber gegenüber der Indolenz oder vielleicht sogar der Kollusion mit dem das Recht der Gemeinschaft gefährenden Dritten sogar recht- und schutzlos werden kann, bedarf keiner Erörterung. Die Praxis hat auch das Rechtsbedürfniß, das Interesse der Gemeinschaft mit dem Individualinteresse des Einzelnen zu vermitteln und demselben die Berechtigung zu verleihen, soferne das Interesse der Gemeinschaft nicht leidet, den Rechtsschutz anzurufen, anerkannt.

Entscheidungen des Reichsgerichts XIV. S. 125 XVIII. S. 312, theilweise abweichend Förster-Eccius I. S. 355.

Den möglichen prozessualen Nachtheilen, welche dem nur einem Mitgliede der Gemeinschaft als Prozeßgegner gegenüberstehenden Dritten erwachsen können, kann nicht die Bedeutung beigemessen werden, um das Sonderrecht des einzelnen Theilhabers völlig zu verneinen. Diese Sonderberechtigung zur gerichtlichen Wahrung der Gemeinschaftsrechte findet ihre nothwendige Beschränkung in dem Interesse der Gemeinschaft, sodaß also nur in Rechtsstreitigkeiten, welche die Sicherung, Feststellung und Erhaltung des den Gegenstand der Gemeinschaft bildenden Rechts, in diesen aber sowohl aktiv als passiv jeder Theilhaber zur gerichtlichen Vertretung der Gemeinschaft befugt erscheint.

§ 769.

Der Entwurf folgt nicht dem gemeinrechtlichen Systeme, nach welchem durch ein konstitutives Theilungsurtheil die Aufhebung der Rechtsgemeinschaft erfolgt. Als derjenige Weg, welcher sich für die durch die Theilung nothwendig herbeizuführende Umgestaltung der Rechte der einzelnen Theilhaber als der geeignetste darstellt, erscheint die Umsetzung des Theilungsgegenstandes in Geld und die verhältnißmäßige Vertheilung des Erlöses. Neben dieser gewissermaßen die Norm bildenden Aufhebung der Gemeinschaft durch Veräußerung,

läßt der Entwurf in jenen Fällen, in welchen sich eine Zerlegung des Theilungsgegenstandes in mehrere durchaus gleichartige Theile dergestalt ermöglichen läßt, daß jeder Theilhaber einen seinem Antheile nach Größe und Werth entsprechenden Theil erhalten kann, die Theilung in Natur zu. Bei jenen Gegenständen, deren Naturaltheilung ebenso wenig ermöglicht ist, als deren Veräußerung, ist die Versteigerung unter den Theilhabern vorgesehen.

Diese Gestaltung des Theilungsverfahrens entspricht dem Rechtsbedürfnisse nicht in erschöpfender Weise. In jenen Fällen, in welchen sich die Gemeinschaft nicht auf Vermögensgegenstände[19]) bezieht, wie beispielsweise bei Urkunden, Antheilscheinen an gemeinnützigen Instituten, Hilfskassen, mit deren Besitz entweder nur persönliche Ansprüche oder höchst bedingte Vermögensrechte verknüpft sind, ist eine Veräußerung oder Naturaltheilung geradezu ausgeschlossen. Ein Rechtszwang aber auf die Theilhaber, für einen Gegenstand, welcher entweder niemals oder in fernen Zeiten ein Vermögenswerth erhalten wird vermögensrechtliche Opfer zu bringen, wie solcher durch die subsidare Versteigerung unter den Theilhabern geübt wird, scheint den Forderungen der Billigkeit nicht zu entsprechen. In einer Reihe von Fällen, namentlich in jenen, in welchen Besitz, Gebrauchs-, erbliche Nutzungsrechte, Servitutrechte in Frage stehen, ist wie z. B. auch bei gemeinsamen Einfahrten, eine Versteigerung des Theilungsgegenstandes ohne gleichzeitige Versteigerung des herrschenden Grundstücks nicht möglich[20]), während eine Theilung der Gebrauchsrechte beispielsweise bei Wässerungsrechten[21]) nach einem alternirenden Turnus oder nach verschiedenen Zeiträumen eine allen Interessen gerecht werdende Lösung der mit der Fortdauer der Gemeinschaft verbundenen Schwierigkeiten herbeiführen kann. In vielen Fällen, beispielsweise bei Urheber- oder Patentrechten würde eine völlige Aufhebung der Gemeinschaft durch Veräußerung oder selbst Versteigerung unter den Antheilsberechtigten sehr oft dem gemeinsamen Interesse der letzteren widerstreiten, während eine räumliche Theilung des Ausbeutungsrechts nach verschiedenen Bezirken sich als durchaus sachgemäß darstellen würde.

Die Schablone einer Verwerthung des Theilungsgegenstandes im Wege einer allgemeinen oder unter den Theilhabern beschränkten

[19]) Vgl. Motive II. S. 874.

[20]) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 22 Nr. 138, Bd. 33 Nr. 287.

[21]) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 23 Nr. 128.

Versteigerung erscheint bei der Vielgestaltigkeit des Rechtslebens um so weniger angemessen, als auch nach der Bestimmung des § 2151 des Entwurfes auf die Aufhebung der Erbgemeinschaft auch die allgemeinen Normen über die Gemeinschaft anwendbar erscheinen.

Auch der Dresdener Entwurf anerkannte in Art. 855 die Nothwendigkeit, für den Fall Obsorge zu treffen, daß kein Theilhaber die Versteigerung verlange oder dieselbe erfolglos bleibe, und enthielt die Bestimmung, daß in diesen Fällen die Theilung in der für sämmtliche Theilhaber angemessensten Weise erfolgen solle, insbesondere, daß der Theilungsgegenstand dem einen Theilhaber gegen Entschädigung des anderen oder Bestellung von Rechten an demselben zugetheilt werden können. In der That dürfte kein Grund bestehen, gerade bei dem Theilungsverfahren dem freien Walten des Richteramtes beengende Fesseln anzulegen.

Dem freien richterlichen Ermessen wird in dem Entwurfe ein so weiter Spielraum gegönnt[22]), daß es nicht überzeugend ist, wenn in den Motiven gerade die Schwierigkeiten der durch das Adjudikationsprinzip dem Theilungsrichter gestellten Aufgaben hervorgehoben werden. Da wo das rein sachliche unter Berücksichtigung aller Umstände zu schöpfende Urtheil des Richters allein nicht ausreicht, tritt wie in einer Reihe anderer Fälle eben die Nothwendigkeit hervor, den Beirath von Sachverständigen in Anspruch zu nehmen. Eben darum dürften auch kaum in größerem Maße als in anderen Fällen, beispielsweise bei Beseitigung schädlicher Immissionen nach sachverständigem Gutachten, im handelsrechtlichen Liquidationsverfahren u. s. f., prozessuale Schwierigkeiten bezüglich der Formulirung eines bestimmten Antrags hervortreten.

Die Berechtigung dieser Anschauung ergiebt sich wohl am schlagendsten aus der Begründung des § 772, nach welchem dem richterlichen Ermessen anheimgegeben wird, in bestimmten Fällen Verwaltungsmaßregeln zu beschließen, eine Aufgabe, welche, wie die Motive mit Recht bemerken, dem Richter keine anomale Stellung anweisen. In diese Kategorie fallen indessen Maßnahmen, welche, wie beispielsweise die räumliche Theilung, über die Tragweite einer bloßen Verwaltungsmaßregel hinausgehen. Es ist aber gewiß nicht abzusehen, warum der Richter in jenen Fällen, in welchen eine

---

[22]) Vgl. §§ 86, 89, 222, 353, 357, 566, 598, 625, 638, 648, 724, 728, 914, 1228, 1238, 1444, 1460, 1500, 1638, 1896.

eigentliche Naturaltheilung im Sinne des Entwurfes, d. h. Zerlegung in durchaus gleichwerthige Theile, nicht möglich ist, zwar befugt sein soll, eine räumliche Theilung, d. h. eine Zuweisung ungleicher Loose im Wege der Verwaltung, zu beschließen, aber nicht mit der Wirkung, daß hierdurch die Rechtsgemeinschaft völlig aufgehoben wird und der durch die Zutheilung des ungleichen Looses Verkürzte mit Geld abgefunden werden muß. Entstehen hier keine prozessuale Schwierigkeiten und ist der nachträgliche Vorschlag einer anderweiten Verwaltungsmaßnahme nicht als Klagänderung aufzufassen, so kann auch, wo es die Umstände erfordern, in der Aenderung des begehrten Theilungsmodus keine unzulässige Aenderung der Klage erblickt werden, da ja die thatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Klage in keiner Weise verrückt werden.

Hiernach dürfte es sich empfehlen, gewissermaßen als Normaltheilung, die Theilung in Natur oder bei Immobilien die Veräußerung nach Analogie der Subhastation, bei Mobilien nach jener der Zwangsversteigerung der Pfandobjekte zuzulassen, in allen jenen Fällen dagegen, in welchen sich die beiden Theilungsarten nicht als angemessen darstellen, das Gericht nach freiem Ermessen darüber entscheiden zu lassen, in welcher Weise am zweckmäßigsten die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt. Daß das Gericht hierbei in keiner Weise beengt werden darf, vielmehr bezüglich der Fixirung einer etwaigen Entschädigung oder der Bestellung dinglicher Rechte oder der Einführung eines Turnus durchaus unbeschränkt ist, bedingt die freie Stellung des Theilungsrichters, welche demselben bei dem wenn auch nur gewissermaßen subsidären Adjudikationsprinzip einzuräumen ist. Diesen Gesichtspunkten entspricht die Formulirung des § 769, bei welcher des Falles, daß mehrere gleichartige und gleichwerthige Gegenstände gemeinschaftlich sind, nicht besonders zu erwähnen war. Denn Nichts ist wohl selbstverständlicher, daß, wenn die Naturtheilung bei einem gemeinschaftlichen Gegenstande durch Zerlegung in gleichartige und gleichwerthige Theile Platz greift, dieselbe umsomehr Platz zu greifen hat, wenn es dieser Zerlegung im Grunde gar nicht mehr bedarf, vielmehr die gleichartigen und gleichwerthigen Theile von Anfang bereits vorhanden waren.

§ 769 b.

Der Entwurf enthält keine besonderen Bestimmungen über die Anfechtung einer Theilung. Die Motive besprechen lediglich die Wirkungen einer unvollständigen Theilung. Hienach kann in dem

Falle, in welchem bei Aufhebung der Gemeinschaft ein derselben unterliegender Gegenstand nicht getheilt wurde, nur die nachträgliche Theilung desselben und ebenso, falls bei Aufhebung der Gemeinschaft ein Theilhaber unberücksichtigt geblieben ist, von diesem eine neue Theilung, d. h. die Aufhebung der Gemeinschaft unter Berücksichtigung seiner Person begehrt werden. Weder der Entwurf, noch die Motive verbreiten sich über den Einfluß der Mängel der Willensbestimmung, wie irriger Voraussetzungen auf den Rechtsbestand von Theilungsverträgen.

Für diese Bestimmungen besteht aber zweifellos ein gesetzgeberisches Bedürfniß. Es wird immerhin zweifelhaft sein, ob ein Theilungsvertrag wie jeder andere Vertrag, oder insoferne es sich um die Auseinandersetzung bezüglich eines strittigen oder der Regel nach ungewissen[23]) Rechtsverhältnisses gleich einem Vergleiche der Anfechtung unterliegt, oder ob die Anfechtbarkeit der Theilung durch erhöhte Forderungen noch mehr zu erschweren ist.

Nach dem gemeinen Recht kann eine Theilung (richterliche oder vertragsmäßige) nur aus allgemeinen Gründen angefochten werden. Die Anfechtung ist wegen irriger Voraussetzungen statthaft, insbesondere dann, wenn der Theilung ein nicht vorhandenes Berechtigungsverhältniß zu Grunde gelegt worden ist[24]). Nach den Bestimmungen des Preußischen Rechts soll eine Theilung, falls sie ohne Zuziehung des Richters zu Stande gekommen, wie ein rechtskräftiges Erkenntniß rücksichtlich der Anfechtbarkeit beurtheilt werden[25]).

Nach den Bestimmungen des französischen Rechts (Code civil Art. 1887 ff.) ist eine Erbtheilung in dem Falle des Betrugs oder des Zwangs und in dem weitern Falle anfechtbar, daß einer der Miterben um mehr als ein Viertheil verletzt ist. Der Irrthum ist als ein selbstständiger Anfechtungsgrund nicht anerkannt[26]). Das

---

[23]) Ungewiß ist im Sinne des Entwurfs (Motive S. 651) das Rechtsverhältniß auch dann, wenn der Anspruch zwar an sich feststehend und völlig bestimmt ist, und die Ungewißheit lediglich die Erfüllung desselben betrifft, welche sodann durch die vergleichsweise Einigung der Parteien außer Streit gesetzt wird. In diesem Sinn ist jede Theilung gewissermaßen eine Auseinandersetzung über die Erfüllung des Anspruchs des einen Theilhabers gegenüber dem andern.

[24]) Windscheid II S. 693.

[25]) Thl. 1 Tit. XVII § 111—112. Foerster-Eccius III S. 311.

[26]) Entsch. des Reichsg. 10. Mai 1887, Juristische Wochenschrift XVI 282[39].

italienische Recht (Art. 1038—1043 des Code civil) enthält dieselben Bestimmungen wie das französische Recht.

Trotz der großen Aehnlichkeit zwischen Vergleich und Theilung, welche insbesondere bei Erbtheilungen hervortritt, besteht zwischen beiden Rechtsformen eine nicht unerhebliche Verschiedenheit. Der Vergleich bedingt seiner Natur nach ein gegenseitiges Nachgeben, eine Aufopferung auf beiden Seiten; die Theilung dagegen beruht auf dem Grundsatze der Gleichheitlichkeit der Antheile, der durchweg gleichen Rechtsstellung der Theilenden.

Aus diesem Grunde wäre es unbillig, auf die Anfechtbarkeit von Theilungsverträgen die erschwerenden Bestimmungen über solche von Vergleichen anzuwenden. Dieselben unterliegen vielmehr, wie alle andern Verträge, der Anfechtung wegen Irrthums, Betrugs und Zwangs. Ein zureichender Grund, nach dem Vorbilde des französischen Rechts den Irrthum als selbstständigen Anfechtungsgrund auszuschließen, dürfte nicht bestehen.

Dagegen können Theilungsurtheile nur durch die gewöhnlichen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel angefochten werden — ein so selbstverständlicher Satz, daß derselbe im Gesetze allerdings nicht besonders ausgesprochen werden muß. Die Rechtskraft eines Urtheils wirkt jedoch nur insoweit, als objektive und subjektive Identität des Streitverhältnisses besteht. Ein Theilungsurtheil präjudizirt nur den in dem Rechtsstreit befangenen Theilungsinteressenten, nicht einem Dritten, welcher bei der Theilung übergangen wurde, und auch nicht bezüglich einer Sache, welche gar nicht Gegenstand der Theilung war. Ist daher ein Theilungsbetheiligter zu der Theilung nicht zugezogen worden oder ein Gegenstand ungetheilt geblieben, so kann trotz des in Mitte liegenden Theilungsurtheils und noch mehr ungeachtet eines Theilungsvertrages eine neue Theilung beansprucht werden. Hierbei ist aber wohl die Einschränkung zu treffen, daß der bei der Theilung unberücksichtigte Gegenstand — worunter im Sinne der Motive sowohl Sachen als Rechte zu verstehen sind, selbstständiger Natur sein muß und nicht als eine bloße Zubehör [27]) erscheint.

§ 770.

Der Entwurf gewährt dem einen Theilhaber zur Sicherung der ihm gegen einen andern sich auf die Gemeinschaft gründenden An-

---

[27]) Motive III S. 33.

sprüche ein Zurückbehaltungsrecht, beschränkt jedoch die Ausübung desselben gegenüber der Person des Theilhabers und versagt dasselbe wie in den Motiven ausdrücklich bestimmt ist, gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger.

Diese Beschränkung des Zurückbehaltungsrechtes entspricht weder der Billigkeit, noch dem Systeme des Gesetzes. Sowohl nach dem System des gemeinen Rechts, nach welchem die Befriedigung des einen Theilungsbetheiligten mit seinen persönlichen Ansprüchen geradezu einen Bestandtheil des Theilungsverfahrens bildeten, und mittelst der actio communi dividundo verfolgt werden konnten, wie nach dem System des Preußischen Rechts[28]), nach welchem eine Veräußerung des gemeinschaftlichen Gegenstandes ohne Zustimmung des Theilhabers nicht möglich war, da derselbe sein Vorkaufsrecht geltend machen konnte, war es folgerichtig, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber der Person des Schuldners zu beschränken. Nachdem aber der Entwurf das Vorkaufsrecht beseitigt, ist der eine Theilhaber in der Lage seinen Antheil zu veräußern, und die Befriedigung des andern Theilhabers wegen seiner Ansprüche aus Verwendungen, welche eine Erhöhung des Werthes des veräußerten Gegenstandes verursacht haben, wenn nicht zu vereiteln, doch sehr zu erschweren. Der eine Theilhaber wird ferner gezwungen mit dem Einzelrechtsnachfolger, etwa mit dem Vermächtnißnehmer des andern Theilhabers, welchem dessen Antheil durch letztwillige Verfügung zugewendet, vollständig abzutheilen, und sich mit den Erben als den Universalrechtsnachfolgern wegen seiner persönlichen Ansprüche auseinander zu setzen.

Die Bestimmung des § 44 der Konkursordnung ist keine zufällige exceptionelle Rechtsnorm, sie wurzelt vielmehr im rechtlichen Wesen der Gemeinschaft. Die aus derselben entspringende Zustandsobligation ergreift auch die Verbindlichkeit zur Tragung der auf dem Antheile ruhenden Lasten, mag derselbe der Person des ursprünglichen Theilhabers, oder dessen Rechtsnachfolger zustehen.

Hiernach wird dem § 770 der Zusatz beizufügen sein: dieser Anspruch steht ihm auch gegenüber dessen Einzelrechtsnachfolger zu.

§ 772.

Die Voraussetzungen, unter welchen es dem einen Theilhaber gestattet sein muß, selbst gegen den Willen der Mehrheit eine dem billigen Ermessen entsprechende Verwaltung durchzusetzen, erscheinen

[28]) Vergl. Förster-Eccius III S. 309 Note 78, fünfte Auflage.

zu eng gegriffen. Es giebt eine Reihe von Fällen, in welchen eine Aufhebung der Gemeinschaft zwar durch Naturaltheilung unmöglich, dagegen eine solche durch Verkauf zwar nicht absolut unmöglich ist, aber doch dem Interesse der Gemeinschaft absolut widerspricht. Wenn beispielsweise der Grundbesitz augenblicklich entwerthet ist und eine Werthssteigerung in nicht allzuferner Zeit in Aussicht steht, oder wenn eine Zwangsenteignung zu erwarten ist, so soll doch nicht es dem einen Theilhaber, oder einer komplottirenden Mehrheit gestattet sein, auf die Mittellosigkeit des andern Theilhabers zu spekuliren und sich auf dessen Kosten zu bereichern.

In diesen Fällen muß eben das billige Ermessen des Richters eingreifen und der Grundsatz, nach welchem die Bande der Gemeinschaft jederzeit lösbar sind, mit den Interessen der Theilhaber in Einklang zu bringen suchen.

Hiernach ergeben sich folgende Abänderungsvorschläge:

§ 763.

Jeder Theilhaber kann über seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Gegenstande verfügen. Ueber den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen kann nur von allen Theilhabern gemeinschaftlich verfügt werden. Das Letztere gilt auch von einer thatsächlichen Veränderung des Gegenstandes.

In Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung, Erhaltung und Sicherung der Rechte der Gemeinschaft betreffen, ist jeder Theilhaber zur Vertretung derselben befugt.

§ 769.

Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt, sofern sich der gemeinschaftliche Gegenstand ohne Werthsminderung in mehrere der Zahl und den Antheilen der Theilhaber entsprechende gleichartige und gleichwerthige Theile zerlegen läßt, durch Theilung in Natur, außerdem durch den Verkauf des Theilungsgegenstandes nach Maßgabe der Vorschriften über Zwangsvollstreckung.

Ist jedoch Naturtheilung oder der Verkauf unmöglich, oder widerstreitet eine dieser Maßnahmen dem Interesse eines oder mehrerer Theilhaber, so bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen die Theilungsart. Der Verkauf einer ungetheilten Forderung ist nur dann zulässig, wenn deren gemeinschaftliche Einziehung noch nicht möglich ist. Jeder Theilhaber ist berechtigt, dieselbe zu verlangen.

§ 769b.

Ist ein selbstständiger Theilungsgegenstand bei der Theilung unberücksichtigt geblieben, so kann jeder Theilhaber die nachträgliche Aufhebung der Gemeinschaft bezüglich desselben verlangen. Ist ein Theilungsbetheiligter bei der Aufhebung der Gemeinschaft nicht berücksichtigt worden, so kann er jederzeit eine neue Theilung unter Berücksichtigung seiner Posten begehren.

Im übrigen unterliegen Theilungsverträge der Anfechtung nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen (§ 95—104).

§ 770.

Hat ein Theilhaber gegen einen anderen Theilhaber eine Forderung, welche in der unter ihnen bestehenden Gemeinschaft ihren Grund findet, so kann er verlangen, daß die Forderung bei Aufhebung der Gemeinschaft aus dem Antheile des Schuldners an dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt werde. Dieser Anspruch steht ihm auch gegenüber dem Einzelrechtsnachfolger seines Schuldners zu.

§ 772.

Stehen der Aufhebung der Gemeinschaft rechtliche oder thatsächliche Hindernisse insofern entgegen, als Naturtheilung oder Verkauf des Theilungsgegenstandes nicht möglich sind, oder dem Gesammtinteresse widerstreiten, so kann in Ermangelung einer die Verwaltung und Benützung in verbindlicher Weise regelnden Bestimmung jeder Theilhaber eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Art der Verwaltung beanspruchen. Dasselbe gilt, falls ein versuchter Verkauf erfolglos geblieben ist, in welchem Falle auch jeder Theilhaber die Wiederholung des Versuches verlangen kann, falls er sich zur Uebernahme der hierdurch entstehenden Kosten verpflichtet.

Vierter Titel.

Vorlegung und Offenbarung.

Die Motive erachten den Nachweis eines dinglichen oder persönlichen Rechts und eines sich hieran knüpfenden Interesses für die Begründung des Rechts auf Exhibition gegenüber jedem Inhaber der Sache als nicht ausreichend, und beschränken die Zulässigkeit des Exhibitionsverlangens auf jene Fälle, in welchen der Anspruch gegen

den Inhaber oder Besitzer der Sache selbst gerichtet ist. Dieselben erblicken in einer solchen schrankenlosen Ausdehnung einen Verstoß gegen die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere gegen das Prinzip, daß Niemand einen Eingriff in den durch die Rechtsordnung abgeschlossenen Kreis seiner Privatrechte zu dulden hat. Allein diese Sätze entbehren der Beweiskraft. Die bloße Besichtigung einer Sache involvirt wohl noch keinen Eingriff in die privatrechtliche Sphäre; und die Belästigung, welche durch die nur auf ein enges Gebiet abgegrenzte Verpflichtung erzeugt wird, ist eine verschwindende gegenüber der ausnahms- und schrankenlosen Zeugnißpflicht. Die Exhibition ist aber, sofern dieselbe nicht von dem wirklichen Prozeßgegner beansprucht wird, nichts Anderes, als eine beschränkte Zeugnißpflicht. Läßt der Entwurf den Anspruch auf Exhibition gegen jeden Dritten zu, unter der Voraussetzung, daß dieselbe nur zu dem Zwecke erfolgen soll, um sich über den Rechtsbestand eines Anspruchs nur zu vergewissern, so ist ohnedies damit schon dem Recht der Offenlegung eine weit über das Gebiet eines konkreten Rechtsstreits hinausreichende Ausdehnung gegeben. Es ist übrigens nicht abzusehen, wie die gefürchteten Mißbräuche entstehen können, wenn die Berechtigung des Exhibitionsverlangens von dem Vorhandensein eines persönlichen oder dinglichen Anspruchs in Ansehung der Sache bedingt wird.

Auf diesem Standpunkte steht das gemeine Recht [29]); die gemeinrechtliche Praxis läßt ausdrücklich den Exhibitionsanspruch gegenüber dem Nichtbesitzer zu, sofern derselbe den Besitz dolos aufgegeben. Die rechtlichen Voraussetzungen für die Exhibition aber noch mehr zu beschränken, besteht nach der gewohnheitsrechtlichen Rechtsbildung und nach der Tendenz, den Kreis der Förderungsmittel der materiellen Wahrheit mehr und mehr zu erweitern, wohl nicht der mindeste Grund. Ja nach den gewohnheitsrechtlichen Normen ist nicht einmal die Existenz oder die Möglichkeit eines Anspruches in Bezug auf die Sache die nothwendige Vorbedingung für die Exhibition, vielmehr ist oft schon das bloße Interesse genügend, wie beispielsweise dem Miether gegenüber, welcher verpflichtet ist, jedem Miethsliebhaber das Miethsobjekt vorzuzeigen. Auf dem Gebiete des Handelsrechts entscheidet über die Verbindlichkeit zur Vorlage der Handelsbücher lediglich das richterliche Ermessen.

---

[29]) Vgl. Windscheid II. S. 783. Glück's Pandekten XI. S. 192. Entsch. des R. G. II. S. 206.

Die Bedürfnisse des Rechtslebens erheischen auch in der That die Ausdehnung des Exhibitionsrechts. Den Versicherungsgesellschaften beispielsweise muß zum Zwecke der Aufrechnung die Einsichtnahme der geretteten Sachen, auch wenn sie sich im Besitze Dritter befinden, dem Absender jene des beschädigten Frachtguts, auch wenn dasselbe bereits in den Besitz des Adressaten übergegangen ist behufs eines etwaigen Rückgriffs gegenüber dem Frachtführer, dem Patentinhaber gegenüber dem Besitzer die Augenscheinnahme an dem patentirten Gegenstand gestattet sein.

Noch in anderer Hinsicht erscheint die Fassung zu eng. Der Anspruch auf Exhibition erscheint wohl schon begründet, wenn der Anspruch des Exhibitionsklägers nur einen Theil der Sache betrifft, d. h. die Sache, in Ansehung welcher der durch die Exhibition zu wahrende Anspruch besteht, bereits in eine untrennbare Verbindung mit einer anderen gebracht ist.[30]) Da die Exhibition in dem heutigen Rechtsleben lediglich die Funktion einer vorbereitenden Klage hat, so kann auch nicht von einem begründeten Trennungsanspruch, wie nach dem gemeinen Recht, die Sprache sein, wohl aber davon, daß dem Betheiligten die Gelegenheit gegeben wird, durch Besichtigung des Ganzen seinen Zweck, sich über den Zustand der Sache, bezüglich welcher er anspruchsberechtigt ist, zu vergewissern. So wird beispielsweise derjenige, welcher sich des Musterschutzes bezüglich der von ihm entworfenen Thonkacheln versichert hat, einen Anspruch auf Besichtigung des Ofens haben, zu welchem dieselben verwendet sind.

Endlich besteht kein Anlaß, in dem Gesetzestext von einem „Vorlegen und Vorzeigen" der Sache zu sprechen. Eine derartige Fassung ist nur geeignet, das Mißverständniß zu erzeugen, als ob nur bewegliche Sachen Gegenstand der Exhibition sein könnten. Wesentlich erscheint aber die Möglichkeit der Augenscheinseinnahme und unter Umständen der Untersuchung wie beispielsweise beim Wein, Getreide.[31])

Es dürfte sich deshalb auch als Titelüberschrift statt Vorlegung das Wort „Offenlegung" empfehlen und dieser Ausdruck auch im Texte statt der, das Wesen der Sache nicht ganz deckenden Häufung, Vorzeigung und Vorlegung zu gebrauchen sein.

---

[30]) Glück's Pandekten XI. S. 121. Demelius, die Exhibitionspflicht S. 116.

[31]) Demelius, die Exhibitionspflicht. S. 54, 55.

§ 776.

Rechtsstreitigkeiten über den Ort der Offenlegung gehören nicht zu den Seltenheiten. Das Zwitterwesen der Offenlegung als eines theilweise privatrechtlichen, theilweise prozessualen Rechtsinstituts läßt es zweifelhaft erscheinen, ob nicht die Offenlegung, insbesondere jene von Urkunden bei Gericht zu erfolgen hat, ob die Offenlegung an dem Wohnorte und in den Räumlichkeiten des Besitzers des offenzulegenden Gegenstandes oder in jenen desjenigen, der die Offenlegung begehrt, erfolgen soll.[32])

Der Natur der Sache entspricht es, daß die Offenlegung eines Gegenstandes an dem Orte erfolgt, an welchem sich derselbe befindet. Dem richterlichen Ermessen müssen jedoch ausnahmsweise, durch den Zweck der Offenlegung geforderte Anordnungen vorbehalten bleiben, so, falls es sich um die nur durch Sachverständige zu ermöglichende Feststellung der Identität eines Gegenstandes, beispielsweise einer Cremoneser Geige handelt, und an dem Orte, an welchem sich derselbe befindet, solche Sachverständige nicht zu finden sind.

Eine, den Regelfall treffende Bestimmung wird aber im Gesetze nicht überflüssig erscheinen.

§ 777.

Die Verpflichtung zur Offenbarung dürfte auf den Fall auszudehnen sein, daß Jemand die von ihm gezogenen Nutzungen aus einem widerrechtlich sich angeeigneten Vermögensgegenstande abzutreten hat. Bei einem Bezug von Nutzungen während einer längeren Periode ist es dem Vindikanten an und für sich kaum möglich, das Rohertrügniß, geschweige denn das Reinerträgniß derselben festzustellen. Handelt es sich um die Nutzungen eines widerrechtlich ausgeübten immateriellen Rechtes, wie des Urheber- oder Patentrechtes, so ist ohnedies für den Gegner des Abtretungspflichtigen die Begründung seiner Interessenforderung in dem Grade erschwert, daß er außerdem so ziemlich rechtlos erscheinen würde.

Das Obertribunal hat denn auch bereits in Anerkennung dieses praktischen Bedürfnisses in einem Plenarbeschluß vom 4. Mai 1863[33]) den Satz ausgesprochen, daß der zur Herausgabe einer Sache mit

---

[32]) Windscheid Pandekten II. § 474 S. 782 Note 1a, hiegegen Demelius S. 199.

[33]) Entscheidungen Bd. 49. S. 21. Dernburg Preuß. Privatrecht II. § 44 hiegegen Entsch. des R. G. IX. S. 269. X. S. 255 Bähr in Jherings Jahrbücher XIII. 254.

den Früchten rechtskräftig Verurtheilte zur Rechnungslegung über die Früchte seit Insinuation der Klage verpflichtet sei. In der That läßt sich auch für Nutzungen, deren Verschiedenheit theils durch die Verschiedenheit der Bezugsperioden, theils durch jene des Nutzungsgebietes bestimmt wird, das begriffliche Merkmal eines Inbegriffs von Vermögensgegenständen sehr wohl aufrecht erhalten. Es muß für das Wesen der Sache gleichgültig sein, ob bei den abzutretenden Vermögensgegenständen die Hauptsache oder die Nebensache es ist, welche sich in selbstständige Mehrheiten auflöst. Es ist nicht zu verkennen, daß die Offenbarungspflicht fast identisch ist mit der Verbindlichkeit zur Rechnungslegung[34]). Allein mag auch für andere Fälle, wie beim Mandat, Gesellschaft, Gemeinschaft, den Motiven (II. S. 893) darin beizutreten sein, daß eine eidliche Erhärtung der Rechnung nicht beansprucht werden kann, so wird doch aus Rechts- und Billigkeitsgründen im gegebenen Fall die Rechnungsablage, ohne welche eine vollständige Manifestation nicht denkbar ist, wie deren eidliche Erhärtung nicht entbehrt werden können.

2. Der Entwurf normirt nicht die Folgen der Eidesweigerung. Soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, ist der Gläubiger auf die Geltendmachung seines Interesses beschränkt. Dies folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Dem ist jedoch nicht so.

Aus allgemeinen Grundsätzen möchte sich wenigstens nicht die Nothwendigkeit dreier Rechtsstreite um einen und denselben Streitgegenstand ableiten lassen, zuerst um die Feststellung der Verbindlichkeit zur Herausgabe des Vermögensinbegriffs, sodann um die Ableistung des Offenbarungseides und endlich um die ziffermäßige Feststellung des Interesses, welche, wenn sie auf dem Wege des gewöhnlichen Beweisverfahrens erfolgen müßte, für den Kläger geradezu unübersteigliche Schwierigkeiten bieten und denselben fast vollständig rechtlos stellen würde.

Es rechtfertigt sich deshalb gewiß für den Fall der böslichen Eidesweigerung die Analogie des § 260 der Reichs-Civilprozeßordnung anzuwenden, und den Kläger zur eidlichen Erhärtung seines durch das richterliche Urtheil zu begrenzenden Interesses zuzulassen. Auch der Art. 471 der bayerischen Prozeßordnung von 1869, welcher die materiellen Voraussetzungen für die Ableistung des Offenbarungseides

[34]) Entsch. des R. G. XIV. S. 208. Bähr a. a. O. S. 256. Entsch. des R. O. H. G. Bd. XXII. S. 338.

normirte und welcher der Bestimmung des Art. 85 des zur Zeit in Geltung befindlichen bayerischen Ausführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung als Vorbild diente, enthält eine desbezügliche Bestimmung.

3. Eine Lücke enthält insofern der Schlußabschnitt der Schuldverhältnisse, als er wohl der geeignetste wäre, den Rechtsstoff der Rechnungslegung selbst zum Gegenstand der gesetzlichen Regelung zu machen. Die Motive verzichten auf eine nähere Begründung dieser Unterlassung.

Bei der hervorragenden Bedeutung der Rechnungsablage für das praktische Rechtsleben darf eine gesetzliche Regelung derselben nicht vermißt werden. Die Gliederung des Rechnungsprozesses in den Streit um die Verbindlichkeit zur Rechnungsablage und das Moniturverfahren ist nur auf die Praxis zurückzuführen; die Streitfragen, ob die Rechnung mit Belegen zu versehen ist, ob der Rechnungsherr auch Ausantwortung oder Offenlegung der Rechnung und der Belege zu beanspruchen berechtigt ist, ob ein Anspruch auf Anerkennung der Rechnung besteht und s. f. mögen in manchen Fällen eine individualisirende Behandlung erfordern, erheischen aber immerhin für den Regelfall die gesetzgeberische Feststellung nach bestimmten Rechtsgrundsätzen.

An diese Ausführungen reihen sich folgende Abänderungsvorschläge:

Vierter Titel.

Offenlegung und Offenbarung.

§ 774.

Wer an der Besichtigung der Sache wegen eines ihm bezüglich derselben zustehenden Anspruches ein Interesse hat, oder wer bezüglich eines solchen Anspruches sich durch die Besichtigung der Sache Gewißheit verschaffen will, kann von deren Besitzer oder Inhaber die Offenlegung derselben zum Zwecke der Augenscheineinnahme beanspruchen.

§ 775 unverändert.

§ 776.

Die Offenlegung hat in den Fällen der §§ 774, 775, sofern das Gericht keine anderweite Bestimmung trifft, an dem Orte zu erfolgen, an welchem sich der offenzulegende Gegenstand befindet; die Gefahr und die Kosten der Offenlegung hat derjenige zu tragen, welcher dieselbe beansprucht.

§ 777.

Wer einen Inbegriff von Vermögensgegenständen ganz oder zu einem Bruchtheile, insbesondere die von einem Gegenstande bezogenen Nutzungen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu ertheilen verpflichtet ist, hat dem Berechtigten auf dessen Verlangen ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen und den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er den Bestand vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe.

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Aenderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen. Auf die Abnahme des Eides finden die Vorschriften der §§ 440 bis 446, 780, des § 781 Abs. 1 und des § 783 der Civilprozeßordnung mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Ladung zu dem für die Abnahme zu bestimmenden Termine auch von dem Verpflichteten erfolgen kann.

Wird der Offenbarungseid verweigert, so kann der zur Forderung desselben Berechtigte zur eidlichen Erhärtung seines Interesses zugelassen werden. In diesem Falle hat jedoch das Gericht den Höchstbetrag des Interessenanspruchs zu bestimmen.

Pfandrecht und Grundschuld.

Von Rechtsanwalt Scholler in Landau.

Seit länger besteht im rheinisch-französischen Rechtsgebiete Uebereinstimmung der Ansichten, daß zu den schwächsten Theilen des Code civil das Hypothekenrecht gehöre. Auch früherhin gestand man schon Unvollkommenheiten zu, erklärte aber mit Zachariä die Grundlagen dieses Rechtes für die „allerdings richtigen". Erst die steigende Bedeutung des Realkredites und die hieraus fließende, verstärkte Erprobung des Hypothekenrechtes stellte heraus, daß letzteres wohl eine kunstvolle, aber keineswegs glückliche Kombination römischer und moderner Prinzipien ist. Von dem gesetzgeberischen Gehalte der Revolutionsepoche, welche in der loi vom 11. brumaire Jahr VII die Unterscheidung von vertragsmäßigen, richterlichen und gesetzlichen Unterpfändern aufstellte und einen vielversprechenden Anlauf nahm, die Materie auf der Grundlage des Publizitäts- und Spezialitätsprinzipes zu gestalten, hatten die Redaktoren des Code civil jene Unterscheidung und die Ordnung des Rechtes der vertragsmäßigen Hypothek entlehnt. Bedeutsame sonstige Vorschriften germanischen Ursprungs, welche zu einer der deutschrechtlichen Hypothek verwandteren Entwicklung hätten führen können, lehnten oder schwächten sie aber ab und kehrten sie meist zu römischrechtlichen Auffassungen zurück. Bemerkenswerther Weise bildet das Brumairegesetz noch heute einen Ausgangspunkt der Reformbestrebungen in Frankreich selbst.

Trotz der oben hervorgehobenen Uebereinstimmung der Ansichten ist aber im rheinisch-französischen Rechtsgebiete das Hypothekenrecht des Code civil bis auf die letzten Jahrzehnte in fast unversehrter Geltung geblieben; man befürchtete, durch eine Reform den organischen Zusammenhang des Rechtssystems des Code civil, einer Rechtsschöpfung,

welche gleichwohl für die vorzüglichste der neueren Zeit gehalten wurde, zu stören. Die seitdem in den meisten Ländern dieses Gebietes eingetretenen, mehr oder minder durchgreifenden Aenderungen kündigten sich fast sämmtlich als bestimmt an, den Uebergang zum künftigen deutschen bürgerlichen Gesetzbuche zu erleichtern. Unvermeidlich mußte hierbei eine Beeinträchtigung der bisherigen Rechtseinheit dieser Länder, eine natürliche Folge zersplitternder Gesetzgebung, mit in den Kauf genommen werden. Möge der hierdurch geschaffene Zustand auf keiner Seite die Fähigkeit trüben, den bisherigen Besitz wie das, was der Entwurf bietet, unbefangen zu würdigen!

Der Einreihung des Stoffes Pfandrecht und Grundschuld in das Sachenrecht wird mit den Motiven des Entwurfes ohne Weiteres beizupflichten sein. Auch der Code civil faßt das Pfandrecht als ein dingliches Recht auf. Der Zusammenfassung von Pfandrecht und Grundschuld in einen Abschnitt mag die strenge Systematik, welcher die Grundschuld als ein Fremdling im Pfandrechte erscheinen mag, vielleicht widerstreben. Doch ist die Grundschuld immerhin dem Pfandrechte nahe verwandt und aus ihm erwachsen. Der natürlichen Gliederung des Entwurfes, welche im ersten, in mehrere Abtheilungen zerfallenden Titel das Pfandrecht an Grundstücken, im zweiten Titel die Grundschuld, im dritten das Pfandrecht an beweglichen Sachen, im vierten das Pfandrecht an Rechten behandelt, folgen wir bei nachstehender Besprechung.

I.

In der ersten Abtheilung des ersten Titels, welche die normale Hypothek, „Hypothek ohne Hypothekenbrief", entwickelt, erscheint letztere als verkehrsfähig gedacht und gestaltet. Sie ist die vertragsmäßige. Sie findet auf in großen Theilen Deutschlands erprobten Grundlagen, den Prinzipien der Publizität und Spezialität, deren strenge Durchführung die Einrichtung des öffentlichen Grundbuches in denkbar vollkommenster Weise sichert, nur an Grundstücken statt. Wie dem Grundbuche für das Eigenthum, Dienstbarkeiten 2c. hohe Bedeutung zukommt, so auch für die Hypothek. Nach dem Entwurfe ist neben dem Vertrage die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch conditio sine qua non ihrer Begründung. Aehnliches gilt von ihrer Uebertragung. Das Grundbuch umfaßt daher das französische Transskriptions- und Inskriptionsregister, aber darüber hinaus noch wesentlich mehr. Eine Eigenthümlichkeit des Grundbuches ist, daß der

öffentliche Glauben desselben sich auf die Forderung miterstreckt. Auch darum kann das französische Hypothekenregister, welches nur den Rang der Konventional- und Urtheilshypotheken unter sich nach der Reihenfolge ihrer Eintragungen bestimmt, kein vergleichbares Analogon zum Grundbuche bilden. Während der Mangel einer causae cognitio Seitens des Hypothekenbewahrers trotz der Vorschriften des Code civil hinsichtlich genauer Bezeichnung der Schuldner, wie die Erfahrung zeigt, häufig zu Verwechslungen und Unsicherheiten führt, begegnet dem die sachliche Mitwirkung der Grundbuchämter, wie sie der Entwurf vorsieht und beziehungsweise die Grundbuchordnung vorschreiben wird.

Da unbekannte, eintragfreie, beziehentlich nach längerer Zeit noch eintragbare Privilegien und Legalhypotheken, erstere öfter noch mit ebenso unbekannten Resolutionsrechten ausgestattet, wie der Code civil sie zugelassen, die Sicherheit der vertragsmäßigen Hypothek in Frage stellen und in nicht zu billigender Weise nicht minder legitime Interessen als die durch jene Vorrechte begünstigten benachtheiligen, überhaupt mit den Prinzipien der Publizität und Spezialität absolut unverträglich sind, so hat der Entwurf Privilegien und Legalhypotheken völlig beseitigt und die von ihnen betroffenen Fälle und Verhältnisse fast durchweg der Wachsamkeit der Privaten zu vertragsmäßiger Regelung überlassen. Hierdurch erweitert sich die Sphäre der vertragsmäßigen Hypothek künftig erheblich. Fragt man nach der Ursache, warum das französische Gesetz schlechthin solch' exorbitante Vorrechte für gewisse Forderungen zuließ, so wird sie hauptsächlich in Zweierlei zu erblicken sein. Einmal in der Abneigung des Gesetzes, auf den Rang einer Forderung Behörden Einfluß einzuräumen. „Es ist," wie die Motive des Entwurfes sagen, „die Grundanschauung des Code civil, daß der Privatrechtsverkehr sich unabhängig von jedweder causae cognitio der Behörde vollziehen müsse." Sodann in der Unterstellung besonderer Schutzbedürftigkeit, besonderer Wichtigkeit fraglicher Forderungen. Versuchen wir einen kurzen Ueberblick, ob diese Gründe gegenüber dem Aufbau des Entwurfes Berücksichtigung verdienen.

Anlangend die Privilegien, so kommen hauptsächlich jene des Verkäufers für den Immobiliarkaufpreis und der Miterben für die Theilungsherausgaben und die Garantie der Theilungen in Betracht. Was hindert beim Verkaufe den Vorbehalt des Rückfalls des Eigenthums für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises oder die gleichzeitige Errichtung einer Hypothek, welche, wenn Privilegien und

Legalhypotheken überhaupt wegfallen, den Verkäufer gerade so wie früher das Privileg schützt? Ebenso scheint Nachtheilen aus dem Wegfalle des Privilegs der Miterben die Handhabung der Entwurfsbestimmungen über Gemeinheitstheilungen, welche auf Erbtheilungen Anwendung finden, wirksam zu begegnen. Wenn künftig bei Theilungen wohl rigoroser die Einziehung oder Verwerthung von Ausständen auf Rechnung der Masse und thatsächliche Belieferung im Sinne des Entwurfes unter thunlichster Vermeidung von Herausgabsanweisungen angestrebt wird, so wäre das gerade kein Unglück, vielmehr wird die Quelle manchen Familienzwistes abgegraben. Welches Hinderniß sollte auch im Wege stehen, sich ergebenden Falles die Annahme von Herausgabsanweisungen von Hypothekbestellung oder sonstiger Sicherheit abhängig zu machen? Der Wegfall der Privilegien und beziehungsweise der Sonderung von Privilegien und Hypotheken erregt sohin keinerlei Bedenken.

Ueber vorhandene Resolutionsrechte klärt künftig das Grundbuch auf. Denn Rückfallsrechte sind von Amtswegen einzutragen, wenn unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins eine Liegenschaft aufgelassen ist. Die Bestimmung des Art. 1184 Code civil reproduzirt der Entwurf nicht.

Kommen wir zur Legalhypothek der Minderjährigen und der Ehefrauen. Insoweit ein Schutzbedürfniß dieser Personen besteht, so wäre zuvörderst nicht zu verkennen, daß bei der großen, in diesem Rechtsgebiete durch alle Stände und Schichten der Bevölkerung greifenden Zahl der Grundbesitzer — einer Frucht der bald hundert Jahre andauernden Parzellirung des Bodens — die Legalhypothek in viel zahlreicheren Fällen ein Objekt treffen und wirksamer würde, als anderwärts.

Während nun, was erstere anlangt, der Code civil unter starrer Eindämmung behördlichen Einflusses auf wenige wichtige Maßnahmen dem Vormunde in Bezug auf Vermögensverwaltung eine nahezu souveräne, durch das Fehlen wirksamer Vorschriften über jährliche Rechnungslegung namentlich ausgezeichnete Stellung giebt und hierdurch selbst einen Grund zur Vormundschaftshypothek geschaffen hat, zieht umgekehrt der Entwurf mit Vertrauen das Gericht zu ganz regelmäßiger Betheiligung an der Wahrung des Interesses der Minderjährigen heran. Der Entwurf unterstellt, abgesehen von der befreiten Vormundschaft, die Verwaltung des Vormundes jährlicher Rechnungslegung und materieller Prüfung und überhaupt scharfer Aufsicht und Be-

schränkung seitens des Vormundschaftsgerichtes, des Gegenvormundes und des Familienrathes, mindestens für die Regel. Für besondere Umstände sieht er (§ 1689) die Befugniß des Vormundschaftsgerichtes — undenkbar vom Standpunkte des Code civil — zur Anordnung der Leistung von Sicherheit durch den Vormund vor, welche dann nicht bloß auf Grundstücke beschränkt, sondern gegebenen Falls auf bewegliches Vermögen erstreckt werden kann. Gegen diese Bestimmungen, welche größeren Theils deutscher Gepflogenheit entsprechen, ist Triftiges nicht zu erinnern. Zur Zulassung aber einer generellen, d. i. alle gegenwärtigen und künftigen Grundstücke des Vormundes ergreifenden oder selbst nur auf einen Theil zu beschränkenden gesetzlichen Hypothek, welche den Realkredit des Vormundes schwer benachtheiligt, liegt sonach kein Grund vor; sie müßte das Ehrenamt des Vormundes zu einem überaus lästigen und so opfervollen gestalten, daß leicht die Neigung wachsen könnte, ihm auszuweichen.

Schwerer scheint Manchem die Zustimmung zur Beseitigung der eheweiblichen Legalhypothek zu fallen. Ohne Zweifel werden in der Ehe des Entwurfs wie des Code civil der überwiegende Einfluß des Mannes, die Geschäftsunkunde und natürliche Schwäche des Weibes letzteres zur Eingehung von Engagements für den Mann führen und verführen, welche ihm Verluste bringen. Ohne Zweifel wird die Auskunft, vertragsmäßige Sicherstellung des Heirathsgutes der Braut durch hypothekarische Belastung der Güter des Bräutigams vor der Ehe, zu welcher die Praxis zu greifen wohl versuchen wird, bei der Zartheit des Verhältnisses zwischen Verlobten nicht immer durchführbar oder Mangels Güterbesitzes des Bräutigams zu dieser Zeit gar nicht thunlich sein. Ohne Zweifel stößt die hypothekarische Sicherstellung während bestehender Ehe auf Bedenken, welche sich aus der Anfechtbarkeit gemäß des Reichsgesetzes vom 29. Juli 1879, die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens betreffend, oder der Konkursordnung herleiten. Doch wer sollte die Folgen des Handelns der Frau zu tragen haben? Schuldlose Dritte, welche durch das Bestehen der Ehe wohl von der Legalhypothek an sich benachrichtigt sind, aber die Ersatzansprüche der Ehefrau für verlorenes Ehebeibringen und eingegangene Mitverpflichtungen nicht kennen und sie auch bei der Befreiung der Legalhypothek vom Zwange der Eintragung nirgends ersehen können, welche aber trotzdem durch den vom Tage des Eheabschlusses an wirksamen Rang der eheweiblichen Ansprüche in ungiebige Stellen zurückgeschoben würden? Schließlich

wird hier wohl rechtlich gelten müssen, daß wie Jedermann auch die Frau für ihre Handlungen einzustehen hat. Der ritterliche Zug, welcher in der französischen Legalhypothek zu Gunsten der Frau liegt, ließ dieselbe gerade zum vorzugsweisen Opfer der nüchternen Geschäftspraxis fallen, welche im Geltungsgebiete des Code civil häufiger denn anderwärts die Mitunterschrift der Ehefrau resp. die Subrogation in ihre Legalhypothek fordert. Wahr ist bei Allem, daß die Frau durch die Legalhypothek nach vorausgehender Deckung der von ihr übernommenen Verpflichtungen des Oefteren noch Vermögenstrümmer rettet, welche der Familie bei fleißiger Arbeit eine kleine bescheidene Existenz gewähren, und die Legalhypothek so einen Beitrag zur Lösung der sozialen Frage bildet. Bei der Zwangshypothek unten werden wir einen Vorschlag erwähnen, welcher diesen Beitrag wohl ersetzen würde.

Kehren wir zur normalen Hypothek zurück. Die Begriffsbestimmung derselben (als einer derarten Grundstücksbelastung, daß „eine bestimmte Person berechtigt sei, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen" § 1062) deckt sich im Wesentlichen mit der Definition Art. 2114 Abs. 1 Code civil und stellt insbesondere ihre accessorische Natur fest. Warum § 1075 nicht in § 1082 eingefügt wurde, wie die korrespondirenden Bestimmungen der Grundschuld in § 1135, ist unersichtlich. § 1067 erweitert dem Code civil gegenüber etwas den Umfang des Hypothekarrechtes. Die Uebertragung der Hypothekarforderung, welche sich wie schon erwähnt ähnlich wie ihre erste Begründung vollzieht, gestaltet sich schwerfälliger als die französische Cession oder Subrogation. Da der öffentliche Glauben des Grundbuchs die Forderung mitschützt, so ist zur Erhaltung von Einwendungen gegen dieselbe das Institut der Vormerkung (welche binnen kurzer Frist zu bethätigen ist) zugelassen z. B. wenn nach Eintragung der Hypothek im Grundbuche die Valuta nicht geleistet wird. Der Wegfall der Nothwendigkeit einer Erneuerung der Inskription vor Ablauf von 10 Jahren, welche in der mangelhaften Einrichtung der französischen Inskriptionsregister und in der Umständlichkeit und Kostspieligkeit des Löschungsverfahrens begründet ist, berührt angenehm. Ueberhaupt ist die Hypothek als dingliches Recht unverjährbar und hängt damit die Bestimmung des § 183 zusammen, daß die Verjährung eines durch Pfandrecht (sei es an Grundstücken sei es an beweglichen Sachen) gesicherten Anspruches den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem Pfande

zu verlangen. Die Verfolgung der Buchhypothek im Mahnverfahren und Urkundenprozesse soll das Einführungsgesetz gestatten.

Eine wesentliche Neuerung der accessorischen Hypothek, welche der Entwurf, vielfach römisches Recht reproduzirend, im Allgemeinen ähnlich wie der Code civil entwickelt, bildet die Eigenthümerhypothek. Sie besteht darin, daß, wenn der Gläubiger durch den Eigenthümer des belasteten Grundstücks und gleichzeitigen persönlichen Schuldner befriedigt wird, die Hypothek nicht erlischt, sondern auf Letzteren übertragen wird. Hier tritt die Hypothek in der That einen Augenblick aus dem Rahmen der accessorischen Hypothek und besteht, da die Forderung unwiderruflich erloschen ist, als eigenthümlicher Rumpf des früheren Verhältnisses fort. Minder Auffallendes hat das Verhältniß, das entsteht, wenn der Gläubiger vom Eigenthümer des belasteten Grundstücks befriedigt wird, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, — in welchem Falle der Entwurf die alte Forderung und die alte Hypothek fortbestehen läßt. Kraft der Eigenthümerhypothek kann der Berechtigte verlangen, daß für ihn eine dem Betrage der eingetragenen Forderung gleichkommende Summe aus dem belasteten Grundstücke und den mithaftenden Gegenständen bezw. etwaigen mitbelasteten Grundstücken Dritter, auf welche die Eigenthümerhypothek miterstreckt ist, beigetrieben werde. Der Sinn hiervon ist, daß der Eigenthümer die alte, ungelöschte, ihm zugeschriebene Hypothek als Sicherheit für eine neue Forderung verwenden und mit letzterer begeben darf, aus welchem Vorgange dem Berechtigten die erwähnte Befugniß erwächst. Die Motive bemerken, daß die Zulassung der Eigenthümerhypothek unleugbar die Billigkeit und die Gerechtigkeit für sich habe. „Die Gläubiger haben Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke nur in der Reihenfolge, in welcher ihre Hypotheken zur Eintragung gelangt sind. Fällt eine Hypothek weg, so gewinnt der Inhaber einer nachstehenden Post dadurch eine Verbesserung seiner Stellung, auf welche er vermöge seines dinglichen Rechtes nicht rechnen durfte.“ Die Eigenthümerhypothek soll verhindern, „daß den nachstehenden Berechtigten ein durchaus unberechtigter Vortheil aus der Vereinigung eines vorstehenden Rechtes mit dem Eigenthum erwachse“ und dem Eigenthümer die Weiterungen und Kosten der Eintragung einer neuen Hypothek ersparen. Ist der Raum der alten, erloschenen Forderung, welche durch die Hypothek früher gesichert war, mit einer neuen Forderung wieder erfüllt worden, so tritt die Eigenthümerhypothek in den Rahmen der regelmäßigen accessorischen Hypothek

wieder zurück und erscheint darum ihre Entwicklung in vorwürfiger Abtheilung gerechtfertigt. So kunstvoll sie konstruirt ist, so nützlich wird sie evident dem Eigenthümer werden.

Da die Hypothek nicht verjährt und zu ihrer Löschung regelmäßig die Bewilligung des Berechtigten nöthig ist, so läßt der Entwurf sachgemäß ein Aufgebotsverfahren zu Gunsten des Eigenthümers zum Zwecke der Ausschließung unbekannter Gläubiger zu, wenn die Erlöschung der Forderung behauptet wird und seit der letzten auf die Hypothek bezüglichen Eintragung 30 Jahre verstrichen sind. Auf Grund des Ausschlußurtheils findet die Löschung der Hypothek statt.

Sachgemäß erscheint ferner das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Aufhebung der dem unbekannten Gläubiger einer Hypothek zustehenden Rechte, wenn die Forderung fällig ist oder vom Schuldner gekündigt werden kann. Auf Grund des Ausschlußurtheils findet nach Maßgabe des § 1094 Abs. 2 bis 4 der Uebertrag der Forderung mit Hypothek oder nur der Hypothek auf den Eigenthümer und die Beschränkung des Gläubigers hinsichtlich seiner Befriedigung auf den vom Eigenthümer hinterlegten Betrag statt. Unendlich komplizirter ist das Verfahren nach dem Code civil nämlich Realoffert in dem in der Inskription gewählten Domizile, wenn dies für zulässig erachtet werden sollte, Klage auf Gültigerklärung des Realofferts, Klage auf Streichung der Inskription. Würde das Realoffert für unzulässig erachtet, so stünde nach dem Code civil vorwürfig dem Eigenthümer gar kein Rechtsweg offen.

Auffälliger Weise sieht der Entwurf ein Hypothekenreinigungsverfahren zu Gunsten des Erwerbers des belasteten Grundstücks, ähnlich wie es Art. 2183 und flgd. des Code civil regeln, nicht vor. Letzteres verbindet bekanntlich im Wesentlichen den Erwerber, der hiervon Gebrauch macht, zu der Erklärung, daß er bereit sei, die hypothekarischen Schulden und Lasten auf der Stelle, jedoch nur bis zum Belaufe des Kaufpreises zu bezahlen, und schützt die Hypothekargläubiger vor Freihandsverkäufer doloser Natur durch die Zulassung eines Uebergebotes von einem Zehntel über den Kaufpreis. Findet das Uebergebot statt und ist es verbürgt, so muß der Erwerber die öffentliche Versteigerung des Grundstücks, eventuell den Zuschlag an den Meistbietenden sich gefallen lassen. Findet kein Uebergebot statt, so verbleibt es beim Preise des Erwerbers, durch dessen Zahlung an die Gläubiger (nach Maßgabe ihres Ranges) oder aber Hinterlegung das Grundstück von allen Privilegien und Hypotheken befreit wird.

Das Verfahren bietet einen gangbaren Mittelweg zwischen der Zwangsversteigerung und der Schwierigkeit, die Einwilligung aller Hypothekargläubiger zur Vornahme eines gütlichen Verkaufes zu erhalten, einen Weg, auf welchem redliche Verkäufe schließlich sich zu behaupten pflegen. Seine Zulassung hebt die Verkehrsfähigkeit auch belasteter Grundstücke, erscheint volkswirthschaftlich nützlich und wohl ausführbar in Bezug auf Grundstücke, welche nur mit Buchhypotheken belastet sind, deren Inhaber im Grundbuche zu ersehen sind.

Die vorstehend skizzirte normale Hypothek des Entwurfs ragt in Bezug auf Verkehrsfähigkeit über die vertragsmäßige Hypothek des Code civil, welche sich häufig als Sicherungshypothek im Sinne des Entwurfs darstellt, ganz beträchtlich hinaus. Schon sie will und wird etwas anderes sein als jene. Die folgenden Abtheilungen des I. Titels, sowie der II. Titel entwickeln nun weitere pfandrechtliche Gebilde und in ihnen einen großen, theilweise im Geltungsgebiete des Code civil ganz ungekannten Reichthum an Formen zur Befriedigung des Realkredites.

II.

Vereinbaren die Kontrahenten einer normalen Hypothek, daß über dieselbe vom Grundbuchamte ein Hypothekenbrief zu ertheilen ist, so liegt eine Hypothek mit Hypothekenbrief, Briefhypothek, vor. Diese Form bezweckt eine Steigerung der Verkehrsfähigkeit der normalen Hypothek. Hier erfolgt die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers auf dem Hypothekenbriefe und ersetzt dieser die Stelle des öffentlichen Grundbuches. Aus letzterem Grunde müssen die Abtretungserklärungen gerichtlich oder notariell beglaubigt sein. Zur Geltendmachung der Briefhypothek wird nur erfordert, daß der Gläubiger im Besitze des Hypothekenbriefes ist und von ihm eine zusammenhängende Reihe von Abtretungserklärungen oder Ueberweisungsbeschlüssen auf den im Grundbuche eingetragenen Gläubiger zurückführt.

Vermöge dieser Förmlichkeiten erscheint die Begebung der Briefhypothek gegenüber der französischen Cession erleichtert, gegenüber der französischen Subrogation umständlicher. Die Leichtigkeit der Cirkulation wie beim Wechsel mochte vorschweben, ist aber natürlich noch weniger erreicht.

Sollte, wenn der Schuldner bei Errichtung der Hypothek sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft und die Forderung

gekündigt und fällig geworden ist, dem Grundbuchamte nicht die Befugniß einzuräumen sein, auf dem Hypothekenbriefe resp. wenn eine Buchhypothek in Frage steht, auf einer Ausfertigung der letzteren die Zwangsvollstreckungsklausel zu ertheilen? An Brauchbarkeit für den Verkehr würden wohl beide Formen nur gewinnen. Der Entwurf sieht im Uebrigen die Fähigkeit der Umwandlung der Buchhypothek in eine Briefhypothek und umgekehrt durch Vertrag vor; das Detail der Vorschriften beider Formen ist entsprechend in enge Beziehung zu einander gesetzt.

III.

Im Gegensatze zu den bisherigen beiden Formen bezweckt die Sicherungshypothek (3. Abtheilung des I. Titels) blos Sicherung der Erfüllung der Forderung. Nicht selten fordern die Ursache der Begründung, ausdrückliche oder stillschweigende Abmachung oder sonstige Rücksichten diese enge Begrenzung, den Ausschluß des Gelangens der Hypothek in den Verkehr: so Kautionen der Beamten, welche nur die aus ihrer Amtsführung entstehenden Forderungen, Kredithypotheken, welche nur die dem Kreditgeber bei der Beendigung des Verhältnisses zustehenden Forderungen sichern sollen. So waltet auch bei den französischen Legalhypotheken der Mündel und Ehefrauen, den Urtheilshypotheken keine Rücksicht einer Begebung im Verkehre ob. Der öffentliche Glauben des Grundbuchs ist darum im Entwurfe auch nicht auf die Forderung der Sicherungshypothek erstreckt, vielmehr sind dem Eigenthümer die Einwendungen gegen dieselbe in vollem Umfange erhalten. Auch braucht der Betrag der Forderung kein festbestimmter zu sein, sondern kann geschätzt und späterer Feststellung vorbehalten werden. Einer Unklarheit der Einsichtnehmer des Grundbuchs über die Beschaffenheit dieser Hypothek soll die Vorschrift vorbeugen, daß bei der Eintragung der Sicherungshypothek in das Grundbuch dieselbe als solche zu bezeichnen ist.

Eine Unterart der Sicherungshypothek und der Urtheilshypothek ähnlich ist die Zwangshypothek. Zulässig auf Grund einer vollstreckbaren Geldforderung, wird sie ohne Zuziehung des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragen. Sie entspringt demnach nicht schon unmittelbar aus dem Urtheile an sich, wie die französische Urtheilshypothek, anderseits aber aus jeder Gattung vollstreckbarer Titel. Im Gegensatze zur Inskription der generellen Urtheilshypothek hat die Eintragung der Zwangshypothek vermöge des Spezialitäts-

prinzipes die Grundstücke einzeln zu bezeichnen. Bei übermäßiger Sicherheit kann diese Eintragung zu Gunsten des Schuldners auf ein Maß beschränkt werden, welches eine Sicherheit, wie sie für Mündelgelder Platz greift, übrig läßt.

Sachgemäß schließt der Entwurf an die Zwangshypothek die Arresthypothek, ebenfalls eine Unterart der Sicherungshypothek. Grundlage derselben ist ein in die Grundstücke des Schuldners vollstreckbarer Arrestbefehl.

Gegenüber der Zwangs- und Arresthypothek entsteht die Frage, ob nicht eine gewisse Grundfläche von ihnen befreit und unveräußerlich, eine Heimstätte, ein sicheres Asyl des Schuldners bleiben sollte. Ohne Frage nur eine Fläche, bemessen in den Grenzen des Unentbehrlichsten, wie gegenüber der Pfändung beweglicher Gegenstände und Werthe unüberschreitbare ähnliche Schranken zum Schutze des Schuldners in §§ 715 und 749 der Reichscivilprozeßordnung aufgerichtet sind! Die in § 715 Abs. 5 Code civil aufgerichteten Schranken sind sogar in Wirklichkeit nicht unüberschreitbar, insolange sie nicht durch eine solche Bestimmung ergänzt werden. Denn das Verbot, daß bei Personen, welche Landwirthschaft betreiben, das zum Wirthschaftsbetriebe unentbehrliche Geräth, Vieh- und Feldinventarium nebst dem nöthigen Dünger, sowie die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte unentbehrlich sind, der Pfändung nicht unterworfen sind, wird für den Grundeigenthümer evident werthlos und besagte Gegenstände werden dem pfändenden Gläubiger sofort erreichbar, wenn derselbe die Immobiliarbeschlagnahme (auf Grund des nämlichen vollstreckbaren Titels) beantragt und diese alle Immobilien des Schuldners trifft. Oder soll die Wohlthat des § 715 Abs. 5 Code civil ernstlich nur Pächtern zukommen?

Der Nachtheil einer solchen Bestimmung besteht nur in der der Größe der befreiten Grundfläche entsprechenden Kreditminderung des Eigenthümers. Ihre Vorzüge, die darin bestehen, daß dieselbe den Schuldner und seine Familie vor dem Verkommen schützt, die Armenpflege entlastet, eine intensive Bewirthschaftung des Bodens begünstigt, die Liebe zur Heimath und Scholle kräftigt, der Auswanderung steuert, würden jenen Nachtheil wohl aufwiegen und möchte der nicht neue Gedanke darum ernstester Erwägung werth sein. Gegenüber dem riesenhaften Anschwellen großer Städte, in welche die dermalige Zeitrichtung Leute vom Lande so zahlreich entführt, trüge eine solche

Bestimmung zur Erhaltung des dem Lande nothwendigen Arbeiterstandes bei und würde sie eine gleichmäßigere Vertheilung der Bevölkerung begünstigen. Endlich böte sie für die Legalhypothek der Ehefrauen im Geltungsgebiete des Code civil eine gesunde und bessere Auskunft.

Selbstverständlich dürfte eine solche Bestimmung die Wirksamkeit vertragsmäßiger Hypotheken nicht beschränken. Denn wer freiwillig Liegenschaften zur Hypothek gestellt hat, hätte auf den Anspruch auf Unveräußerlichkeit irgend einer derselben natürlich verzichtet.

Die Größe der befreiten Fläche würde wohl nach der Gegend abzustufen und die Zahl der Ar in Skalen gesetzlich genau zu bestimmen sein, da die Wichtigkeit der in Frage kommenden Interessen ein schwankendes richterliches Ermessen nicht vertrüge. Eintretenden Falles möchte die Aufnahme des Grundsatzes an sich in den Entwurf genügen; das Detail möchte in das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen gehören.

IV.

Eine außerordentliche Neuerung gegenüber dem Code civil bildet die Grundschuld (Gegenstand des II. Titels). Sie ist das aus dem Eigenthume an eine bestimmte Person abgetretene Recht auf Zwangsbeitreibung einer bestimmten Summe aus dem belasteten Grundstücke. Weil sie keine Forderung mehr zur Voraussetzung hat und jeder Beziehung zu einem persönlichen Schuldner entbehrt, sondern ausschließlich auf dem Grundstücke haftet, führt sie den Namen Grundschuld. Sie hat sich aus dem Hypothekarrechte herausgebildet und ist gewissermaßen eine selbständig gewordene Hypothek. Sie entsteht nur rechtsgeschäftlich. Aehnlich wie bei der Briefhypothek ist hier ein Grundschuldbrief zu bilden und kommen die Vorschriften der Briefhypothek zu entsprechender Anwendung.

Die Formen der Grundschuld und der Briefhypothek kommen dem Kreditbedürfnisse des Großgrundbesitzes entgegen. Grundschuldbrief und Hypothekenbrief cirkuliren leichter und können dadurch, woran dem Großgrundbesitze selbstverständlich gelegen sein muß, in größere Kreise des Publikums dringen. Anlangend das Verhältniß beider Institute zu einander, so scheint nach den bisherigen Beobachtungen in den deutschen Gebieten, wo sie in Anwendung, die fehlende persönliche Haftung des Grundschuldbestellers immerhin als ein Mangel, die bei der Hypothek stattfindende persönliche Haftung des Schuldners dagegen als ein Vorzug angesehen zu werden; selbst-

verständlich bildet in den Augen des Großgrundbesitzes ersterer Umstand einen Vorzug. Im rheinisch-französischen Rechtsgebiete, wo der kleine Grundbesitz überwiegt, wird wohl mehr die Form der Buchhypothek benutzt werden.

Zum Schlusse unserer Bemerkungen über Hypothek und Grundschuld sei konstatirt, daß das Nutzpfand an Grundstücken (das antichretische Pfandrecht des Code civil) im Entwurfe völlig beseitigt ist. In den Rheinlanden ist es allerdings kaum mehr im Gebrauche. Der Schließung eines Vertrages übrigens, wonach der Gläubiger ein Grundstück bewirthschaftet, um sich aus dessen Nutzungen bezahlt zu machen, steht auch in Zukunft kein Hinderniß im Wege; nur wäre dieser Vertrag nicht mehr pfandrechtlich, sondern nur obligatorisch wirksam.

V.

Das Faustpfandrecht an beweglichen Sachen definirt der Entwurf wesentlich übereinstimmend mit dem Code civil. Insbesondere stellt er strenge das Erforderniß der Uebergabe an und der Inhabung des Pfandes durch den Gläubiger auf. Jedoch läßt er das Faustpfandrecht nicht verloren gehen, wenn das Pfand unterm Mitverschlusse des Verpfänders bleibt oder ein Dritter es für den Pfandgläubiger und den Eigenthümer inne hat. Die gleiche Milderung des Besitzerfordernisses hat schon die rheinisch-französische Praxis zugelassen und konnten erst daraufhin jene Banken entstehen, welche auf Grund von Hypothekurkunden und dergleichen Werthpapieren Pfandbriefe emittiren. Der Fortbestand solcher Banken ist hiermit durch den Entwurf gesichert; auch fortan besitzt im Namen der Pfandbriefinhaber der für sie bestellte Treuhänder die als Pfand dienenden, unter seinem Mitverschlusse befindlichen Werthtitel und wahrt er ihr Faustpfandrecht hieran.

Es wirft sich die Frage auf, ob das Erforderniß der Uebergabe und Inhabung des Pfandes nicht noch weiter gemildert werden könnte. Reformvorschläge in Frankreich verlangen im Interesse der Landwirthschaft und des Gewerbes die Möglichkeit eines Faustpfandes an der hängenden Ernte, zu schlagenden Hölzern, zu brechenden Steinen, Vieh 2c., obwohl diese Objekte nicht aus dem Besitze des Eigenthümers kommen, für hierauf aufzunehmende Gelder. Bedenkt man, daß in Deutschland nach neueren Angaben $5^1/_4$ Millionen Landwirthe, Pächter eingerechnet, vorhanden und an dieser Erweiterung des Faustpfand-

rechtes große und kleine Eigenthümer gleichmäßig interessirt sind, so springt die Wichtigkeit der Frage in die Augen. Die Vorschläge in Frankreich fordern die Ausdehnung des dortigen Kolonialbankgesetzes vom 11. Juli 1851, welches Faustpfandbestellungen an hängenden Ernten zuläßt und bei den Enregistrementsbehörden Register einrichtete, in welche die Akten über solche Faustpfandbestellungen zur Kenntniß Dritter, sowie etwaige Erklärungen und Widersprüche von Interessenten einzutragen sind, resp. die Ausdehnung des in diesen Bestimmungen niedergelegten Prinzipes auf das Mutterland. S. Batbie „revision du Code Napoléon“ (zwei am 23. und 30. Dezember 1865 in der academie des sciences morales et politiques in Paris gehaltene Vorträge) 1866. Nach den Motiven des Entwurfs Band 3 S. 799 scheint auch in Zürich eine Verpfändung der Früchte durch Eintragung in das öffentliche Pfandbuch zulässig zu sein. Welche Gründe sollten der Einrichtung ähnlicher Register behufs Ermöglichung von derlei Faustpfandbestellungen in Deutschland entgegenstehen —, woselbst diesbezüglich die Grundbuchämter die geeignetsten Behörden sein möchten?

Eine Verpfändung der stehenden Ernte würde nach den Motiven des Entwurfs zwar möglich sein, aber nur so, daß diese Erzeugnisse in und mit den betreffenden Grundstücken selbst tradirt werden, die Tradition sich jedoch erst mit der Trennung der Früchte vollendet, welche während der Dauer der Innhabung des Empfängers stattfindet. Welch' abschreckende Schwerfälligkeit eines Verpfändungsmodus! Ihm gegenüber vermöchte nicht einzuleuchten, warum der Entwurf die Antichrese an Grundstücken verwarf, welche nicht umständlicher ist und sogar direkter zur Befriedigung des Pfandgläubigers führt. Würde es nicht unvergleichlich einfacher sein, der Bestimmung in § 714 R. C. P. O., welche die Pfändung noch ungetrennter Früchte einen Monat vor der Reife gestattet, prinzipielle Bedeutung, welche ihr die Motive des Entwurfs versagen, zuzugestehen und die antizipirte Selbstständigkeit der mit der fruchttragenden Sache verbundenen Früchte von bemerktem Zeitpunkte an sowie ihre Verpfändbarkeit von der nämlichen Zeit an anzuerkennen. Nach der Erfahrung ist das Geldbedürfniß der Landwirthe kurz vor der Ernte (Getreideernte, Weinlese 2c.) am größten. Unmöglich erscheint es nicht, den, welcher als Faustpfandgläubiger solcher Früchte oder anderer beweglicher Gegenstände in desfallsige Register eingetragen ist, als Inhaber der Pfänder anzuerkennen. Findet eine ähnliche Fiktion

doch hinsichtlich des Pfandrechtes an Schiffen, deren Inhabung der Natur der Sache nach dem verpfändenden Schiffer verbleibt, schon zu Gunsten des Pfandgläubigers im Entwurfe statt! Ist die Belassung gepfändeter Gegenstände im Gewahrsam des Schuldners nach § 712 R. C. P. O. doch auch der Besitznahme des Gerichtsvollziehers unschädlich!

Die aus dieser Ansicht fließenden, hauptsächlichen Vorschläge finden sich unten. Auf weitere Modifikationen des Textes des Entwurfes, die nothwendig würden, hier einzugehen, würde zu weit führen.

VI.

Konform der Reichscivilprozeßordnung (§ 754) zählt der Entwurf (§ 1206) die Fälle des Pfandrechtes an Rechten nicht einzeln auf; er begnügt sich, dasselbe prinzipiell zuzulassen. Er erklärt bei der Verwandtschaft der Materien des Faustpfandrechtes und des Pfandrechtes an Rechten die Vorschriften des ersteren auf das letztere für entsprechend anwendbar. Hierbei verhehlt er nicht, daß dem Gläubiger des Pfandrechtes an Rechten jede Inhabung und Verwahrung des Pfandgegenstandes fehle und darum eine Reihe von Bestimmungen über das Faustpfandrecht unanwendbar werde.

Es ist dieß natürlich, da Gegenstand des Rechtspfandrechtes ein unkörperliches Recht ist. In den klaren Besitz des letzteren den Gläubiger zu setzen, ist eine Hauptaufgabe der Gestaltung dieser Materie. Wenn § 1211 für die Verpfändung einer Forderung außer dem Pfandvertrage das Erforderniß vorschreibt, daß die Verpfändung derselben vom Verpfänder dem Schuldner der Forderung anzuzeigen sei, womit die Inhabung des Rechtes für den Pfandgläubiger vollendet wird, so ist hiedurch eine klare Thatsache des Besitzüberganges auf letzteren vorgesehen. Eintretenden Falles vermögen dritte Interessenten vom Forderungsschuldner nöthige Kenntniß zu erlangen.

Für die rechtsgeschäftliche Verpfändung anderer Rechte als Forderungen schreibt dagegen § 1212 des Entwurfs nur Schließung des Pfandvertrages in gerichtlicher oder notarieller Form vor. Die in diesem Erfordernisse liegende Cautel soll und kann nicht verkannt werden. Immerhin vollendet sich aber hier die Inhabung des unkörperlichen Rechtes für den Pfandgläubiger durch die bloße Abgabe der Erklärungen der Vertragskontrahenten, welche nicht nach außen dringt, nach außen unerkennbar ist. Darunter leidet unläugbar die

Rechtssicherheit. Der Entwurf ist damit wesentlich auf dem Standpunkte stehen geblieben, auf welchem die Civilprozeßordnung hinsichtlich der Zwangsvollstreckung in Vermögungsrechte, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und bei welchen Drittschuldner nicht vorhanden sind, steht § 754 Abs. 2. Häuptsächliche Fälle letzterer Art sind die Pfändungen von Erb- und Gemeinschaftsantheilsrechten: mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses blos an den Inhaber des Antheilsrechtes ist die Pfändung bewirkt. Der Mißstand, den die Unersichtlichkeit solcher Pfändungen bietet, ist groß; er veranlaßt nicht selten eine Häufung von 4, 5 Pfändungen des nämlichen Rechtes, deren Requirenten nichts von einander wissen. Man mag dies nun für ein Ungemach erklären, welches der Trieb nach Befriedigung in Zwangsvollstreckungen mit sich bringt. Die nämlichen Rechte und andere können aber auch Gegenstand rechtsgeschäftlicher Verpfändung sein und hier sollten doch, sei es, daß rechtsgeschäftliche Verpfändungen unter einander, sei es, daß rechtsgeschäftliche Verpfändungen mit Vollstreckungspfandrechten zusammentreffen, Einrichtungen bestehen, welche Verpfändungen von Rechten nach außen erkennbar machen und einer kollidirenden Häufung von Rechtspfandrechten am nämlichen Objekte vorbeugen.

Eine solche Einrichtung scheint uns das schon erwähnte öffentliche Register zu sein. Dasselbe scheint das einheitliche Band für die gleichförmigere Regelung des Faustpfandrechtes und des Rechtspfandrechtes darzubieten. Kraft des § 1206 würde eine Bestimmung im Sinne des unten vorgeschlagenen Zusatzes zu § 1147 sofort auf das Rechtspfandrecht anwendbar. Noch sonstige Textmodifikationen würden nöthig, auf welche auch hier nicht eingegangen werden kann.

Die Institution des öffentlichen Registers würde auch in Konkursen die Gläubigerschaft gegen heimliche und fingirte Pfandrechte sichern. Eine Bedeutung, wie das Grundbuch für Rechte an Grundstücken, würde sie natürlich niemals haben; immerhin erscheint sie aber als ein fruchtbarer, der Verwendung im Gesetze werther Gedanke.

Beim Rückblicke auf die Gesammtbehandlung, welche die hier kurz berührten Materien im Entwurfe gefunden, kann nicht geleugnet werden, daß gerade in ihnen ein großer, eminenter Fortschritt gegenüber dem Code civil sich kund giebt, von welchem glückliche Folgen für die Rheinlande zu erhoffen sind. Es ist in diesen Theilen ein durchdringender Geist thätig gewesen, welcher, ausgerüstet mit einer um-

fassenden Kenntniß des bestehenden Rechtes und von modernen Reformanschauungen gesättigt, ein hervorragendes Werk geschaffen hat, das an Leichtigkeit und Kürze der Diktion dem Code civil nachstehen mag, ihn aber an Gediegenheit und Reichthum der Gedanken erheblich übertrifft.

Die berührten Vorschläge gehen dahin: im vorwürfigen Abschnitte

I. im ersten Titel in Bezug auf Grundstücke, welche nur mit Buchhypotheken belastet sind, ein Hypothekenreinigungsverfahren ähnlich dem im Code civil geregelten vorzusehen;

II. im gleichen Titel das Grundeigenthum des Schuldners bis zu gesetzlich zu bestimmender Größe, sofern dieses nicht vertragsmäßig zur Hypothek gestellt und die Vollstreckung dieser Hypothek nicht in Frage ist, von der Zwangvollstreckung in unbewegliches Vermögen für befreit zu erklären;

III. im dritten Titel folgenden Paragraphen einzuschalten:

In Ansehung der Verpfändung werden hängende Früchte im letzten Monate vor der Reife, schlagbare Hölzer beweglichen Sachen gleichgeachtet.

vor dem letzten Satze des Abs. 3 § 1147 folgenden Satz einzuschalten:

Der Inhabung durch den Gläubiger steht gleich, wenn der Pfandvertrag bestimmt, daß der Eigenthümer für den Gläubiger innehabe, und dieser Vertrag in das beim Grundbuchamte zu führende Register eingetragen ist.

und dem letzten Satze loco citato folgende Fassung zu geben:

Die Bestellung des Pfandrechtes ist unwirksam, wenn anderweit vereinbart ist, daß der Verpfänder das Pfand in der Inhabung behalten soll;

in § 1189 nach dem ersten Satze einzuschalten:

War jedoch der Pfandvertrag im Register des Grundbuchamtes eingetragen, so erlischt das Pfandrecht nur durch Löschung seitens des Pfandgläubigers;

und dem letzten Satze loco citato folgende Fassung zu geben:

Der Verzicht, die Löschung und die Einwilligung sind unwiderruflich.

Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Von Rechtsanwalt Dr. **Wernick** in Eisenach.

Die gesetzliche Regelung des Pfandrechts an beweglichen Sachen und an Rechten, welche der Entwurf in den §§ 1145—1226 bietet, entspricht in seinen grundlegenden Bestimmungen sowie in seinen Einzelvorschriften, in welchen die sich aus den ersteren ergebenden Rechtsverhältnisse geordnet werden, im Allgemeinen mit den in dem Folgenden zu erörternden Vorbehalten durchaus den Anforderungen, welche bei den Bedürfnissen des heutigen Verkehrslebens und nach dem Stande der verschiedenartigen einzelstaatlichen Gesetzgebungen an eine solche einheitliche reichsgesetzliche Neuordnung gestellt werden müssen. Die Aufgabe des Gesetzgebers auf dem Gebiete des Faustpfandrechts und des Pfandrechts an Rechten läßt sich kurz wohl als dahin gehend zusammenfassen, den Kredit durch die Möglichkeit einer Verpfändung von beweglichen Sachen und Rechten bei thunlichster Sicherung des Gläubigers zu erleichtern, ohne dadurch doch die Sicherheit des Verkehrs im Allgemeinen zu gefährden. Unter diesem Gesichtspunkt einer Prüfung unterzogen, stellt sich der Entwurf seiner Aufgabe im Allgemeinen gerecht geworden, jedenfalls in seinen grundlegenden deutlich hervortretenden Bestimmungen dar. In dem Folgenden sind lediglich die Bestimmungen hervorgehoben, bei denen unter diesem selben Gesichtspunkt theils mehr theils minder wichtige Vorbehalte zu machen waren. Mit allen anderen Bestimmungen konnte man sich durchaus einverstanden erklären, ohne daß es geboten erschien, den erschöpfenden Motiven noch ein Wort hinzuzusetzen.

Zu § 1147. Zu den grundlegenden Bestimmungen gehört vor Allem auch die in § 1147 geordnete, daß zur *rechtsgeschäftlichen* Begründung des Faustpfandrechts die Einräumung der Inhabung

des Pfandes durch den Eigenthümer und die Ergreifung dieser Inhabung durch den Gläubiger gehört. Das gemeinrechtliche bloße Vertragspfandrecht ist damit — von der Verpfändung von Schiffen, bei denen eine Ausnahme bestimmt ist, § 1196, abgesehen — beseitigt. Für die Sicherung des Gläubigers ist es durchaus nothwendig, daß derselbe grundsätzlich die Inhabung des Pfandes, weil einer beweglichen Sache, haben und dieselbe entweder selbst oder durch einen Dritten als seinen Vertreter ausüben muß. Mit Recht sagen die Motive, daß heute die Aufstellung dieses Grundsatzes einer weiteren Rechtfertigung nicht mehr bedürfe. Die so erforderliche Einräumung und Ergreifung der Inhabung des Pfandes ist die Uebergabe, wie sie nach § 803 ff. den Erwerb des Besitzes vermittelt und nach § 874 ff. zum Eigenthumserwerb beweglicher Sachen durch rechtsgeschäftliche Uebertragung erforderlich ist. Folgerichtig würde daher wie zum Besitz- und Eigenthumserwerb nach § 805 so auch zur Begründung des Faustpfandrechts die Uebergabe mittelst des sogenannten constitutum possessorium genügen müssen. Denn wenn jeder beliebige Dritte gültig die Inhabung des Pfandes für den Pfandgläubiger ausüben darf, so müßte folgerichtig auch der Eigenthümer des Pfandes selbst in Vertretung des Pfandgläubigers für diesen die Inhabung ausüben können. Allein während die Vorschriften der §§ 803, 804 entsprechende Anwendung finden sollen, ist § 805 nicht mit angezogen, ja zur Beseitigung jeden Zweifels ist ausdrücklich bestimmt, daß die Bestellung des Pfandrechts geradezu unwirksam sein soll, wenn vereinbart worden, daß der Verpfänder das Pfand in der Inhabung behalten darf. Es ist mithin die Uebergabe mittelst constitutum possessorium ausdrücklich ausgeschlossen. Ganz folgerichtig ist hiernach weiter in § 1191 geordnet, daß durch Rückgabe des Pfandes Seitens des Pfandgläubigers an den Eigenthümer das Pfandrecht erlischt und daß bei jedem Pfand, welches wieder in die Inhabung des Eigenthümers gekommen ist, vermuthet wird, daß es dem Eigenthümer von dem Pfandgläubiger zurückgegeben worden, das Pfandrecht mithin erloschen sei.

Bei dieser Beschränkung der Uebergabemöglichkeit ist der erste und erheblichste Vorbehalt zu machen. Sie ist zweifellos von der größten praktischen Tragweite, denn sie beschränkt die Anwendung des Faustpfandes auf ein so enges Gebiet, daß der Nutzen desselben weiteren Kreisen vollständig verloren geht. Sie würde sich deshalb nur durch die schwerwiegendsten Gründe rechtfertigen lassen. Die

Motive geben unter Berufung auf die Bestimmungen in § 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung und des § 40 der letzteren selbst sowie auf eine Reihe einzelstaatlicher Gesetze drei Gründe an, welche die Ausschließung des constitutum possessorium rechtfertigen sollen, nämlich

1. bei dem Verbleiben des Pfandes in der Inhabung des Verpfänders trete das dem Rechtsverhältnisse entsprechende thatsächliche Verhältniß äußerlich nicht deutlich hervor,
2. entstehe die Gefahr, das mit Hülfe des constitutum possessorium geheime, die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigende Pfandrechte geschaffen würden,
3. fehle der strafrechtliche Schutz gegen etwaige Unterschlagung des Inhabers der eigenen verpfändeten Sache.

Diese Gründe können für die schlechthinnige Ausschließung der Pfandübergabe mittelst constitutum nicht als genügend anerkannt werden. Denn was zunächst die Berufung auf die entsprechende konkursrechtliche Bestimmung anlangt, so war letztere im Interesse einer einheitlichen Regelung des Absonderungsrechts bei dem Stande der Gesetzgebung der Einzelstaaten durchaus geboten. Bei der reichsgesetzlichen Neuordnung des Pfandrechts selbst aber fragt es sich, ob die Gründe gegen das constitutum in der That so schwer wiegen, daß sich mit den bisher geltenden verschiedenen einzelstaatlichen Pfandgesetzen die bleibende Ausschließung rechtfertigt oder ob nicht vielmehr heute gewichtigere Gründe die Einführung desselben wünschenswerth erscheinen lassen und ob nicht die Bedenken gegen dasselbe durch anderweite gesetzliche Bestimmungen beseitigt werden können.

Von den erwähnten drei in den Motiven angegebenen Gründen sind die unter 1 und 3 sicherlich am wenigsten stichhaltig. Denn so richtig das unter 1 Gesagte thatsächlich ja ist, so wenig kann dieser nur äußerliche Fehler, soweit er nicht mit dem zweiten Grund zusammenhängt, in Betracht kommen. Der dritte Grund aber kann durch Gewähr eines strafrechtlichen Schutzes sofort beseitigt werden. Bleibt sonach der zweite Grund allein übrig. Daß derselbe in hohem Grad Beachtung verdient, ist gewiß nicht zu verkennen. Es ist ja der, welcher mit zweifelloser Berechtigung stets und vor Allem gegen das constitutum vorgebracht wird. Von Suarez an zur Begründung der entsprechenden Bestimmung im Allgemeinen Preußischen Landrecht bis auf die neuern Juristentage (Verhandlungen des XV. Juristentages) hat man damit die Ausschließung des constitutum gerechtfertigt.

Da es Aufgabe des Gesetzgebers ist, das Pfandrecht so zu gestalten, daß durch dasselbe die Sicherheit des Verkehrs im Allgemeinen nicht gefährdet wird, könnte man sich mit diesem Grunde bei dem Ausschluß des constitutum einfach beruhigen, wenn nicht noch dringender das wirthschaftliche Bedürfniß für Zulassung des constitutum spräche und wenn sich nicht die Möglichkeit böte, durch weitere gesetzliche Bestimmungen die Gefahr für die Sicherheit des Verkehrs zu beseitigen.

Welche Bedeutung der Kredit in dem heutigen wirthschaftlichen Leben hat und zumal der Kredit, welcher sich auf bestimmte, Sicherheit bietende Unterlagen gründen läßt, bedarf keiner Ausführung. Das Faustpfand ist anerkanntermaßen für den Kredit eine solche Unterlage.

Es ist nun aber ohne Weiteres klar, daß, wenn der Eigenthümer und Verpfänder den verpfändeten Gegenstand unter keinen Umständen in seiner Inhabung haben oder behalten darf, die Anwendung des Faustpfands die erheblichste Einschränkung erfährt, und daß das Faustpfand, abgesehen von den gewerbemäßigen Pfandanstalten und Pfandgeschäften, sowie von der Verpfändung von Werthpapieren, nur ganz ausnahmsweise Anwendung finden wird. Nur im kleinsten Verkehr und an solchen Gegenständen wird ein Faustpfandrecht begründet werden, welche sich leicht und ohne Gefahr verwahren lassen, denn welcher Gläubiger hat nur die Möglichkeit, Pfänder in größerem Umfang in Verwahrung zu nehmen, oder die Lust, die Verantwortung der Verwahrungspflicht (§ 1156) zu übernehmen? Und andererseits, wie wenig Schuldner sind in der Lage oder Willens, aus ihrem Gewahrsam Vermögenstheile, welche an sich ganz geeignete Grundlage für den Kredit bilden, schon bei der Verpfändung herauszugeben? Man sehe sich nur einmal genauer die wirthschaftlichen Kreise an, welche recht wohl den Anspruch erheben können, daß durch eine auch für sie Anwendung findende Ausgestaltung des Pfandrechts auch ihnen der Mobiliarkredit eröffnet wird. Landwirthe mit werthvollem lebenden und todten Inventar, deren Immobiliarkredit erschöpft ist, oder welche auf fremdem Grundbesitz als Pächter wirthschaften, Fabrikanten mit Rohstoffen, Fabrikaten oder beweglichen Maschinen, Gewerbetreibende und Handwerker mit den verschiedenen Vermögensgegenständen ihres Geschäfts sind schlechterdings nicht in der Lage, diese einzelnen angedeuteten Werthe sich für ihren Kredit nutzbar machen zu können, wenn sie gezwungen sind, schon bei der bloßen Verpfändung dieselben aus ihrem Gewahrsam herauszugeben, weil sie entweder die zu verpfändenden Gegenstände in ihrem Geschäft und Gewerbe nicht ent-

behren können oder der Gläubiger sie nicht in seinen Gewahrsam nehmen kann oder will. Auch der Einwand, daß solche Werthe zur Unterlage eines Kredits nicht geeignet sein, daß sie lediglich den persönlichen Kredit, welcher genüge und um so kräftiger ohne solchen Mobiliarkredit sich erweisen werde, verstärkten, hält gegenüber den Erfahrungen des wirthschaftlichen Lebens nicht Stand.

Zweifellos kann für einen dauernden Kredit lediglich der Grundbesitz eine geeignete Unterlage bieten, allein beim Faustpfand kann es sich ja überhaupt bei der regelmäßigen Vergänglichkeit der zu verpfändenden beweglichen Gegenstände meist nur um eine kürzere Sicherung handeln und bei dem persönlichen Kredit will sich eben nicht Jedermann beruhigen oder aber er läßt sich sehr zum Nachtheil des Schuldners den Mangel der sachlichen Sicherheit durch den höheren Zinsfuß bezahlen. Für solche vorübergehende Sicherheitsleistungen, insbesondere im Falle der Noth, sind solche Gegenstände, welche ohne die Möglichkeit einer Uebergabe mittels constitutum von der Verpfändung geradezu ausgeschlossen sind, sehr werthvolle Unterlagen für einen Kredit, der sonst nicht gegeben würde und werden vielfach die einzigen Hülfsmittel sein, schwankende Existenzen zu halten. Es kann auf die insoweit durchaus zutreffenden Ausführungen von Leonhard in Gruchot Beitr. XXV 1881 S. 177 ff. verwiesen werden, aus denen sich die Vortheile einer Verpfändung mittels constitutum überzeugend ergeben. Die tägliche Erfahrung bestätigt das Bedürfniß. Wie vielfach tritt gerade an den Anwalt die Frage heran, wie und ob nicht durch Verpfändung solcher Gegenstände, welche jedoch dem Schuldner noch zu belassen seien, eine Sicherheit geschaffen werden kann, und wie oft unterbleibt die Hülfe für den Kreditsuchenden, weil sich bei der bestehenden Gesetzgebung eine solche Sicherheit nicht schaffen läßt. Man kann sich in der That dann nicht wundern, wenn solche vergeblich Hülfe Suchende das Recht, welches ihnen grausam die Möglichkeit der Sicherheitsbestellung verschließt, schlechterdings nicht zu verstehen vermögen und sich bitter beschweren. Ganz falsch wäre es aber, anzunehmen, daß es sich bei Verpfändungen mittels constitutum meist nur um bedenkliche, unsolide oder zum Nachtheil anderer Gläubiger beabsichtigte Rechtsgeschäfte handeln müßte. Gewiß werden sich solche vielfach in diese Form kleiden, aber durch Ausschluß des constitutum werden solche Geschäfte nimmermehr ausgeschlossen, kaum erschwert. Denn der, welcher derartige Geschäfte abschließen will, findet im Recht, auch in dem Entwurf, wie noch später zu zeigen,

die Mittel und Wege, welche zum Ziele führen, auch einen Gläubiger, welcher ihm hierbei behülflich ist. Geschädigt aber ist der redliche Kreditsucher, welchem das Recht den geraden Weg verlegt und welcher geradezu genöthigt wird, sich in unsolide Geschäfte einzulassen. Wer kennt nicht die berüchtigten Leihgeschäfte, welche leider auch schon solidere Firmen einzugehen sich genöthigt sehen, in denen, weil ein Faustpfand an dem verkauften und dem Käufer übergebenen Gegenstand für den noch nicht bezahlten Kaufpreis nicht möglich ist, der Kauf in das Gewand eines Leihvertrags mit Ratenzahlungen einer Miethe an Stelle des Kaufpreises gekleidet wird und der Miether-Käufer erst mit der letzten Ratenzahlung Eigenthümer wird, die geleisteten Zahlungen aber und die Aussicht auf Erlangung des Eigenthums verwirkt, wenn er vor Vollzahlung mit einer Ratenzahlung im Rückstand ist? Es ist das nur ein Beispiel der vielen, wohin das Recht „im Interesse der Verkehrssicherheit" treibt, wenn es das gesetzliche Mittel der Verpfändung mittelst constitutum nicht gewährt. Solcher Art sind die Früchte, welche eine Gesetzgebung zeitigt, die eine Sicherheitsleistung durch Verpfändung mittels constitutum versagen zu müssen glaubt, und trotz dieser Erfahrungen will der Entwurf gleichwohl ein Gesetz mit gleichen Beschränkungen bieten, dem Verkehr die gleichen Fesseln anlegen, und so ruhig mitansehen, wie weiter durch künstliche und ungesunde Rechtsgeschäfte der Ausweg gesucht wird, nach welchem das Verkehrsbedürfniß nun einmal drängt.

Ist es aber, wie behauptet werden muß, ein entschiedenes wirthschaftliches Bedürfniß, auch durch die Verpfändbarkeit solcher Werthsgegenstände, welche nach der Natur der Verhältnisse vorerst noch in Gewahrsam des Verpfänders verbleiben müssen, unzähligen Kreditbedürftigen den Kredit zu eröffnen, der ihnen sonst verschlossen ist, so muß es schon an sich zweifelhaft erscheinen, ob die Gefahr des Mißbrauchs des constitutum, welches allein diese Verpfändbarkeit ermöglicht, es rechtfertigt, dasselbe überhaupt einfach für unzulässig zu erklären. In der That würde so das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Bei andern gesetzlichen Bestimmungen ist der Entwurf gegenüber einem Mißbrauch derselben so ängstlich nicht gewesen. Es sei hier an die erinnert, durch welche eben die Zustände, welche die Motive aus einem Mißbrauch des constitutum fürchten, geschaffen werden können und mittels deren gerade unredliche Schuldner das Hinderniß, welches ihnen die Unzulässigkeit des constitutum in den Weg legt, unschwer aber für den Verkehr noch weit gefährlicher

nehmen können. Bei Eigenthumsübertragung beweglicher Sachen läßt der Entwurf die Beifügung einer auflösenden Bedingung zu. Auch die Beifügung einer aufschiebenden Bedingung muß nach demselben als zulässig angesehen werden. (Motive zu § 874.) Nach §§ 129, 135 hat die Beifügung einer auflösenden Bedingung insbesondere dingliche Wirkung. Man braucht nur hierauf hinzuweisen, um sich sofort ein Bild machen zu können, in wie mannigfachen vertragsmäßigen Gestaltungen man der Nutzanwendung dieser gesetzlichen Bestimmungen gewiß leider nur zu oft zum Nachtheil wünschenswerther Verkehrssicherheit wird begegnen können. Jedenfalls wird solche bedingte Eigenthumsübergabe den Zwecken einer Sicherheitsleistung dann auch vielfach dienen müssen, wenn das Recht eine Pfandbestellung mittels constitutum nicht zuläßt. Aber daß damit etwa ein Ersatz für letztere geschaffen sei, wird im Ernst wieder nicht behauptet werden können, denn wenn auch der kreditsuchende Schuldner sich der Noth gehorchend zu einem solchen Auskunftsmittel bereit finden lassen würde, so wird doch ein solider Gläubiger, der eine Sicherheit für seine Forderung sucht, letztere jedoch nicht aufgeben und dafür die Gefahr eines, wenn auch bedingten Eigenthums mit allerhand Nebenabreden übernehmen will, sich schwer dazu verstehen.

Natürlich verkennen die Motive selbst auch nicht, welche Gefahren eine bedingte Eigenthumsübertragung mit sich bringt, bei § 1167 konstruiren sie sich selbst sogar eine darauf gegründete vertragsmäßige Abmachung, nach welcher das Verbot des Verfallvertrags beim Pfandrecht hinfällig gemacht werden kann, lassen sie jedoch trotzdem zu, weil sie „praktischen Interessen diene, deren Beachtung von überwiegender Bedeutung sei".

Motive zu § 874 S. 337, 338, zu § 1167 S. 821.

Letzteres gilt jedoch nun ebenso und in weit höherem Maße von dem constitutum bei der Pfandrechtsbestellung. Und gerade hier lassen sich die von den Motiven für die Sicherheit des Verkehrs mit Recht hervorgehobenen Bedenken beseitigen.

Beim Faustpfandrecht an Schiffen hat der Entwurf, wie schon Eingangs angedeutet, von dem Erforderniß der Uebergabe überhaupt abgesehen. Es ist klar, daß das eine unbedingte Nothwendigkeit war, wenn man die Schiffe von der Verpfändbarkeit nicht ganz ausschließen wollte. Damit hätte man freilich einem Rechtsgrundsatz zu lieb den Pfandkredit der Schiffseigenthümer allzu offenbar unterbunden. Auch eine Uebergabe mittels constitutum würde eine überflüssige Form

gewesen sein, weil, wenn das verpfändete Schiff auf der Reise, dem Pfandgläubiger die Möglichkeit fehlt, die unmittelbare Inhabung des Pfandes zu erlangen, ein Anspruch, welchem der mit dem constitutum verbundene Vertrag über die Belassung der Inhabung doch stets nur eine zeitliche Schranke setzt.

Mit Recht hat daher der Entwurf für die Schiffe ein Vertragspfandrecht ausnahmsweise zugelassen. Um jedoch an Stelle der gewöhnlichen Kundbarmachung des Faustpfandrechts, der Inhabung in der Hand des Pfandgläubigers, das Rechtsverhältniß etwas in die äußere Erscheinung treten zu lassen, läßt der Entwurf das Pfandrecht erst durch den Pfandvertrag und durch Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister (Handelsgesetzbuch Art. 432 ff.) gültig entstehen. Hier ist der Weg nicht etwa für eine allgemeine Einführung des Vertragspfandrechts, welchem gegenüber mit gutem Grund als Regel an dem sichern und einfachen Grundsatz des Uebergabeerfordernisses festzuhalten ist, sondern für eine ganz unbedenkliche Gestaltung des constitutum gezeigt. Man komme dem Kreditbedürfniß so weiter Kreise entgegen und lasse auch bei der Pfandrechtsbestellung die Uebergabe durch constitutum possessorium zu, knüpfe jedoch die Entstehung des durch solche Uebergabe begründeten Pfandrechts an die weitere Form, daß einmal der Pfandvertrag sowie der Vertrag über die einstweilige Belassung des Pfands in der Inhabung des Verpfänders gerichtlich oder notariell abgefaßt, dem Gericht am Wohnsitz des Schuldners übergeben und von diesem Gericht das Pfandrecht in ein öffentliches Pfandregister eingetragen werden muß, sodaß auch mit letzterem Eintrag erst das so begründete Pfandrecht entsteht. Da es vollständig genügen würde, in dem Pfandregister unter dem Namen des Verpfänders lediglich den Tag der Eintragung des Pfandrechts mit dem Namen des Pfandgläubigers unter Hinweis bezüglich alles Weiteren auf den zu den Pfandakten übergebenen Pfandvertrag, welcher natürlich auch das Verzeichniß der Pfandgegenstände enthalten muß, zu vermerken, so würde aus einer solcher einfachen Registrirung, für welche nur eine geringe Registergebühr zu bestimmen sein würde, für die Gerichte keine nennenswerthe Geschäftsbelastung entstehen. Es würden jedoch durch diese Einrichtung, welche eine Analogie auch in dem eherechtlichen Register (§ 1435 ff.) findet, die beiden ersten oben erwähnten in den Motiven geltend gemachten Bedenken gegen das constitutum beseitigt werden. Denn in dem Pfandregister würde das Pfandrecht in eine äußerliche Erscheinung treten und geheime die

Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigende Pfandrechte würden unmöglich gemacht; der persönliche Kredit würde aber auch nicht gefährdet werden, da Jedermann vor einer Kreditgewährung aus dem Pfandregister sich unterrichten könnte, ob etwaige in der Hand des Kreditsuchenden sich befindenden Werthsgegenstände verpfändet sind oder nicht. Zur größeren Sicherheit könnte ähnlich wie bei dem eherechtlichen Register bestimmt werden, daß bei einer Verlegung des Wohnsitzes binnen einer gewissen Frist die Eintragung bei dem Gericht des neuen Wohnsitzes erfolgen muß, widrigenfalls die frühere Eintragung ihre Wirkung verliert. Da jedoch, wie schon gezeigt, das Faustpfandrecht lediglich vorübergehenden Kreditbedürfnissen zu dienen geeignet ist, so würde eine ohnehin für so begründete Pfandrechte wünschenswerthe Verjährungsbestimmung genügen. Die Hypothek des Entwurfs ist nach § 847 unverjährbar, auch für das Schiffspfandrecht scheint ein Bedürfniß für Verjährung desselben nicht zu bestehen. So, wie eben vorgeschlagen, durch constitutum und Eintrag in ein Pfandregister begründete Pfandrechte müßten jedoch innerhalb kurzer Frist, wenn die Eintragung nicht erneuert, der Verjährung unterliegen. Es würde dies sowohl weiter noch im Interesse der Verkehrssicherheit wie des persönlichen Kredits liegen, als auch Löschungen unnöthig machen. Das Erforderniß der gerichtlichen oder notariellen Abfassung des Pfand- und Inhabungsbelassungsvertrags als Unterlage für das Pfandregister wurde zugleich der Gefahr des leichtsinnigen Borgens, welche auf der andern Seite die größere Erleichterung der Verpfändbarkeit von beweglichen Sachen mit sich bringen könnte, ebenso wirksam steuern, wie die Bestimmung einer kürzeren Verjährungsfrist.

Bei der verschiedenen Natur des Schiffsregisters von dem vorgeschlagenen Pfandregister würde indessen kein Grund vorliegen, die Vorschriften in §§ 878, 1152 über den gutgläubigen Erwerb außer Anwendung zu setzen. Dem gutgläubigen Erwerber würde nicht einmal der Vorwurf grober Fahrlässigkeit treffen dürfen, wenn er sich nicht vorher aus dem Pfandregister zu unterrichten gesucht. Im Interesse eines freien und sicheren Verkehrs dürfen solche Anforderungen nicht gestellt werden. Auf der andern Seite muß der Pfandgläubiger seinen Schutz im Strafrecht finden, die Unterschlagung des Inhabers der verpfändeten eigenen Sache, um diesen Ausdruck zu gebrauchen, muß unter Strafe gestellt werden. Es wird und muß dies dann aber auch für den Pfandgläubiger ein wirksamer und genügender Schutz sein.

Hiernach würden alle die Bedenken sich beseitigen lassen, welche die Motive gegen das constitutum bei der Pfandbestellung geltend machen und welche sich sonst mit Grund geltend machen lassen, und kann deshalb wohl mit Recht die Forderung erhoben werden, daß das Deutsche bürgerliche Gesetzbuch auch bei der Pfandbestellung das constitutum zuläßt und so einem dringenden wirthschaftlichen Bedürfniß Rechnung trägt.

Zu § 1145. Erst nach vorstehenden Ausführungen schien es zweckmäßig, wenn auch wieder zurückgreifend, zu § 1145 in Anschluß an die Motive eine weitere Bemerkung zu machen. Nach § 1145 kann nur eine bewegliche Sache den Gegenstand des Faustpfandrechts bilden und zwar wie sich aus den weiteren Bestimmungen des Entwurfs ergiebt, lediglich eine selbstständige bewegliche Sache. Die Motive rechtfertigen daher bei § 1145, weshalb für ungetrennte Erzeugnisse keine Ausnahme in Ansehung einer rechtsgeschäftlichen Begründung des Pfandrechts bestimmt ist. Sie können sich mit Recht auf § 782 berufen, wonach an wesentlichen Bestandtheilen einer Sache ein von dem Recht an der Sache im Ganzen abgesondertes Recht nicht stattfindet und sagen, daß es an dem Grund eines dringenden praktischen Bedürfnisses fehle, diese Vorschrift zu durchbrechen. Letztere Behauptung kann indessen als richtig nicht zugegeben werden. Im Gegentheil dürfte die Erfahrung gerade auch hier wieder für das Bedürfniß sprechen und darthun, daß gar häufig die noch ungetrennten Früchte zur Sicherheit einer Forderung eingesetzt werden sollen und daß dann, weil dies unzulässig, die so beabsichtigten Verpfändungen in das zweifelhafte Gewand eines Kaufs der Früchte gekleidet werden. Daß das Bedürfniß nicht ein so dringendes wie für das constitutum ist, kann zugegeben werden, daß es indessen vorhanden ist, lehrt ja auch das Beispiel der Civilprozeßordnung. Durch § 714 Civilprozeßordnung sollte ja gerade dem Grundbesitzer da, wo bisher die Pfändung von Früchten noch nicht bestand, ein neues selbstständiges Deckungs- und Sicherungsmittel verschafft und überhaupt die Möglichkeit gegeben werden, nicht sofort mit der Zwangsvollstreckung in das Grundstück selbst, solange die Früchte genügende Deckung boten, beginnen zu müssen. Der Gesetzgeber würde indessen gewiß diese Bestimmung nicht getroffen haben, wenn er eben nicht ein Bedürfniß dazu hätte anerkennen müssen. Lag dasselbe aber für die Zwangsvollstreckung vor, so muß dasselbe jedenfalls noch weit mehr für den gewöhnlichen Verkehr anerkannt werden,

für welchen gerade die gültige Verpfändung von Früchten ein Mittel sein kann, die Zwangsvollstreckung zu vermeiden. Und unbestreitbar wird anerkannt werden müssen, daß für eine vorübergehende Sicherheitsleistung die Verpfändung von Früchten ein sehr geeignetes Mittel sein kann. Ist sie das aber, so wird sie gewiß auch zum Bedürfniß werden können.

Nun ist es ja richtig, daß durch Schaffung eines vollstreckbaren Schuldtitels in Gestalt einer vollstreckbaren Schuldurkunde der Schuldner seinem Gläubiger leicht ein Pfändungspfandrecht verschaffen kann, allein es leuchtet ein, daß dieser Weg mit erheblichen Kosten und dem Makel der Zwangsvollstreckung verbunden ist und wenn begangen, häufig ein krummer Weg sein wird, da dem wirklichen Schuldverhältniß die anerkannte fällige Geldforderung nicht immer entsprechen wird. Wenn möglich, empfiehlt es sich gewiß, Vorsorge zu treffen, daß berechtigte gewollte Rechtsverhältnisse auch zum klaren Ausdruck gelangen können. Ganz ungenügend ist der in den Motiven hervorgehobene Ersatz in Ueberlassung der Inhabung der ganzen Sache nebst den Früchten mit der dinglich bindenden Offerte des Uebergebenden, daß der Inhaber mit der Trennung an den Früchten Pfandrecht erwerbe. (§§ 901, 902.) Ein solches künstliches nur dem wirklich Gesetzeskundigen bekannte und übersichtliche Rechtsverhältniß kann sicherlich keinen Ersatz bieten.

Da nun ein Pfändungspfandrecht an ungetrennten Erzeugnissen gesetzlich zulässig ist, so würde an sich allen Einwendungen gegen ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht der Boden entzogen sein, wenn auch für letzteres sich ein geeignetes Mittel fände, die Pfandbestellung in die äußere Erscheinung treten zu lassen. Denn im Interesse der Verkehrssicherheit würde auch hier allerdings eine Kundbarmachung nothwendig erscheinen. Daß etwas Aehnliches wie bei der Pfändung hier nicht das geeignete Mittel sein würde, ist zuzugeben. Indessen würde durch das für das constitutum vorgeschlagene Pfandregister sich der Zweck erreichen lassen, und sich deshalb die Bestimmung empfehlen, daß für die Begründung des Faustpfandrechts an ungetrennten Erzeugnissen dieselben Bestimmungen zu gelten haben wie wenn die Uebergabe des Pfandes in Gemäßheit des § 805, also mittels constitutum erfolgt, mit der Aenderung, daß die Eintragung in das Pfandregister desjenigen Amtsgerichts zu bewirken wäre, in dessen Bezirk die fruchttragende Sache gelegen ist.

Einen Vorgang hat eine solche Einrichtung ja bereits auch in dem Züricher Gesetzbuch gefunden.

Wenn auch für die Begründung eines solchen rechtsgeschäftlichen Pfandrechts Beschränkungen mit Rücksicht auf die Reife der Früchte wie sie bei der Pfändung bestehen, bei der Freiwilligkeit der Pfandrechtsbestellung aus einer Besorgniß für die weitere Kultur der Früchte sich nicht rechtfertigen lassen, würde es doch geboten erscheinen, dieselbe Beschränkung auch hier gelten zu lassen. Es würde dafür nicht nur die wünschenswerthe Uebereinstimmung mit dem Pfändungspfandrecht sprechen, sondern hauptsächlich die Erwägung, daß es zweckmäßig erscheint, die Pfandrechtsbestellung auf einen Zeitraum zu beschränken, in welchem überhaupt erst von gezogenen Früchten eigentlich die Rede sein kann. Für den Pfandverkauf würde bei den Früchten nur eine Aenderung des § 1170 in Ansehung der Androhungsfrist nothwendig sein. Der Verkauf ungetrennter Früchte ist schon nach der Civilprozeßordnung zulässig.

Zu §§ 1148, 1149. Der Umfang der Pfandhaftung ist zweckmäßig nnd im Wesentlichen genügend geordnet. Daß das Faustpfand allgemein für die Kosten der Rechtsverfolgung haftet und nicht nur wie die Hypothek für die Kosten der Rechtsverfolgung, welche die Befriedigung aus dem Unterpfand bezweckt, ist durchaus gerechtfertigt, während bei der Hypothek diese Beschränkung durch das Spezialitätsprinzip nicht genügend begründet erscheint und ohne Noth dazu nöthigen wird, stets alsbald aus dem Grundstück für die versicherte Forderung Befriedigung zu suchen. Daß die Haftung der Person und Sache auch soweit zusammenfallen soll, daß die Sache auch für solche rechtsgeschäftliche Erweiterungen und Aenderungen haften soll, welche der Schuldner nachträglich an der Hauptverbindlichkeit eintreten läßt, erscheint jedoch nur so lange gerechtfertigt, als der Schuldner auch Eigenthümer des Pfandes bleibt. Hat ein Eigenthumswechsel stattgefunden und hat der Pfandgläubiger davon Kenntniß, welche er bei Zulassung des constitutum nicht zu haben braucht, so würde es doch zu weit gehen, den Schuldner für befugt zu erklären, durch Rechtsgeschäft mit dem Pfandgläubiger die Haftung des fremden Pfandes zu erweitern. Nach stattgehabtem Eigenthumswechsel ist die Sachlage doch thatsächlich dieselbe wie im Falle des § 1149. Die Kenntniß des Pfandgläubigers von dem Eigenthumswechsel würde jedoch Voraussetzung der insoweit nunmehr beschränkten Haftung sein müssen, weil bei rechtsgeschäftlichen Erweiterungen oder Aenderungen

der Hauptverbindlichkeit mit dem Schuldner der Pfandgläubiger sonst anzunehmen berechtigt ist, daß das Pfand auch für solche haftet. Ein bezüglicher beschränkender Zusatz zu § 1148 oder § 1149 würde sich deshalb empfehlen.

So wenig wie bei der Hypothek beschränkt auch hier der Entwurf die Haftung des Pfands für die Zinsen auf einen Rückstand von bestimmter Zeit. Das Pfand haftet mithin unbeschränkt für rückständige Zinsen. Zweckmäßig erscheint dies nicht. Zwar ist bei dem Faustpfandrecht der Fall, daß ein Pfand für verschiedene Forderungen haftet, seltener, da er jedoch nicht ausgeschlossen, so würde, wenn auch nicht so dringend wie bei der Hypothek, die Beschränkung auf einen Rückstand von etwa 2 Jahren von dem Verkauf rückwärts im Interesse nachstehender Pfandgläubiger empfehlenswerth sein.

Nach § 1149 soll das für eine fremde Schuld bestellte Pfandrecht, abgesehen von den nachträglichen rechtsgeschäftlichen Erweiterungen und Aenderungen der Hauptverbindlichkeit, weiter auch nicht für die auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhenden Zinsen der Hauptverbindlichkeit haften.

Eine solche Beschränkung erscheint unzweckmäßig, auch bei der Bürgschaft, auf deren Bestimmungen Bezug genommen wird. Da Hauptforderung und Nebenforderung zusammen gehören, wird diese Theilung der Haftpflicht Veranlassung zu beständigen Streitigkeiten und Mißverständnissen bieten, der Gläubiger sich auf die von ihm vorausgesetzte Zusammengehörigkeit berufen, der Verpfänder sich aber wirksam mit dem Gesetz decken. Für die gesetzlichen Kaufzinsen (§ 467), die Zinsen des Bestellers (§ 573 Absatz 3), des Auftraggebers (§ 595 Absatz 2) soll das Pfand nicht haften, wohl aber für die Verzugszinsen der betreffenden Forderungen. Die Unterscheidung wird man nicht wohl verstehen, ebensowenig weshalb grundsätzlich überhaupt ein Pfand für eine fremde Schuld von vornherein, von späteren Aenderungen abgesehen, beschränkter haften soll als für die eigene.

Dem muthmaßlichen Willen bei der Verpfändung dürfte es mehr entsprechen, den Grundsatz umzudrehen, die unbeschränkte Haftung des Pfands auch für eine fremde Schuld als Regel anzunehmen und die Beschränkung der Haftpflicht der Bestimmung des Verpfänders zu überlassen, als wie umgekehrt mit dem Entwurf die beschränktere Haftung als Regel aufzustellen und deren Erweiterung der Vereinbarung anheimzugeben.

Die Mithaftung für etwaige Konventionalstrafen wird man dagegen nicht ohne Weiteres mit als beabsichtigt ansehen können. Nur für diese und ebenso für nachträgliche rechtsgeschäftliche Erweiterungen und Aenderungen der Hauptverbindlichkeit scheint es zweckmäßig, die Haftung des Pfands für eine fremde Schuld zu beschränken.

Inwieweit die Haftung des Pfands für die vom Pfandgläubiger auf das Pfand gemachten Verwendungen mit Rücksicht auf § 1155 zu beschränkt ist, wird bei der Besprechung des § 1155 a. E. noch zu bemerken sein.

§ 1150. Bei der wohlbegründeten Bestimmung, daß sich das Pfandrecht auch auf Bestandtheile und Erzeugnisse, welche von dem Pfande getrennt werden, erstreckt, wird die Frage aufzuwerfen am Platze sein, ob damit der Umfang der pfandrechtlichen Haftung genügend erschöpft ist. Die Frage wird nicht bejaht werden können, vielmehr erscheint im Interesse des Pfandkredits eine Erweiterung der pfandrechtlichen Haftung, ähnlich wie bei der Hypothek, sehr wünschenswerth. Nach § 1067 Ziffer 5 haften bei der Hypothek dem Gläubiger auch die Forderungen des Eigenthümers oder Besitzers des Grundstücks aus der Versicherung von Gegenständen, welche dem Gläubiger kraft der Hypothek haften, am wirksamsten die Forderungen aus der Gebäudeversicherung. Bei dem Faustpfand erlischt mit dem Untergang der verpfändeten Sache das Pfandrecht überhaupt und verliert durch Beschädigung der verpfändeten Sache vielleicht seinen ganzen Werth. Mithin ist eine ähnliche Bestimmung bei dem Faustpfandrecht noch mehr gerechtfertigt und für den Pfandkredit geboten. Die Motive enthalten keine Andeutung, weshalb eine solche Bestimmung keine Aufnahme gefunden hat. Es lassen sich auch Gründe dagegen nicht anführen. Im Gegentheil entspricht eine solche Bestimmung durchaus dem sonst zur Geltung gebrachten in den Motiven sogenannten Grundsatz der Surrogirung. Ja es dürfte bei der Natur des Gegenstandes des Pfandes, als einer beweglichen Sache, sich empfehlen, nicht nur die Forderung aus der Versicherung an Stelle des untergegangenen oder beschädigten Pfandes treten zu lassen, sondern daneben auch die Schadensersatzforderung des Eigenthümers bei Untergang oder Beschädigung des Pfandes überhaupt. Denn gerade in diesen letzteren noch häufigeren Fällen wird dem Pfandgläubiger viel daran gelegen sein, in der Ersatzforderung des Eigenthümers selbst einen Ersatz für seine verlorene oder verminderte

Sicherheit zu haben. Entsprechend der Bestimmung des § 1067 Ziffer 5 würde ein Zusatz dahin genügen, daß sich das Pfandrecht auch auf die Forderungen des Eigenthümers aus der Versicherung des Pfandes sowie auf die Schadensersatzforderungen desselben wegen Untergangs oder Beschädigung des Pfandes zu erstrecken habe. Da diese Forderungen ebenso wie die Forderungen aus der Gebäudeversicherung lediglich ein Surrogat des Pfandgegenstandes sind, so muß hinsichtlich des Zeitpunktes der pfandrechtlichen Haftung und der Wirkung derselben dem Drittschuldner gegenüber bei ihnen dasselbe gelten wie bei jenen (Motive S. 667 zu § 1070); es müssen mithin, worauf bei § 1211 noch einmal zurückzukommen sein wird, die Vorschriften der §§ 303—306 auch auf sie entsprechende Anwendung finden.

Daß dem Pfandgläubiger nach §§ 1155, 931 gegen den schlechtgläubigen Besitzer des Pfandes, welcher vorsätzlich oder fahrlässig das Pfand verschlechtert oder hat untergehen lassen, selbstständige Schadensersatzansprüche zustehen sollen, wird noch zu § 1155 zu erwähnen sein.

§ 1155. Ungenügend ist die Bestimmung, daß bei Beeinträchtigung der Rechte des Pfandgläubigers auf dessen Ansprüche die Vorschriften der §§ 929—945, 951 entsprechende Anwendung finden sollen. Mit Recht kann man hier dem Entwurf den so vielfach gehörten Vorwurf machen, daß er durch Verweisung auf anderweite Bestimmungen zu e n t s p r e c h e n d e r Anwendung die für ein Gesetzbuch erforderliche Klarheit vermissen läßt. Denn ein Vergleich mit den angezogenen Vorschriften über den Eigenthumsanspruch wird schon dem Rechtskundigen es außerordentlich schwierig machen, die entsprechende Anwendung herauszufinden, den Laien aber geradezu vor ein Räthsel stellen. Dazu kommt, daß theilweis die angezogenen Bestimmungen sich auch entsprechend nicht wohl anwenden lassen. Es ist das ganz natürlich, denn das Rechtsverhältniß des Pfandgläubigers zu dem Pfande ist ein von dem Rechtsverhältniß des Eigenthümers zur Sache so vielfach verschiedenes, daß die durch Beeinträchtigung des letzteren entstehenden Ansprüche auf ersteres nicht überall passen. Die Motive verkennen die Schwierigkeiten selbstverständlich nicht, setzen sich jedoch kurz mit der Bemerkung darüber hinweg, daß es der Doktrin und Praxis zu überlassen sei, sie zu überwinden und daß durch die Bestimmung einer nur analogen Anwendung die Berücksichtigung der obwaltenden Unterschiede genügend

hervorgehoben sei. Hiermit wird man sich schwerlich einverstanden erklären können. Man wird verlangen müssen, daß das Gesetz deutlich ausspricht, in welcher Weise die fraglichen Bestimmungen Anwendung finden sollen.

Einfach ist ja die entsprechende Anwendung der §§ 929, 942 ff., bei denen es sich um die Beseitigung einer gegenwärtigen Beeinträchtigung des dinglichen Rechts handelt, die größten Schwierigkeiten aber entstehen bei dem § 931, insbesondere §§ 936, 939 und den daraus sich ergebenden Bestimmungen, in denen bei entsprechender Anwendung die Rechtsverhältnisse zwischen Pfandgläubiger und dem Dritten aus den der Vergangenheit angehörenden Beeinträchtigungen des Pfandrechts sich ergeben sollen. Es ist dabei zu beachten, daß dadurch nicht nur Rechte des Pfandgläubigers, sondern auch wichtige Ansprüche des Dritten begründet werden, dessen Ansprüche zur Entstehung kommen, einerlei ob die Sache verpfändet ist oder unbelastet im Eigenthum eines Andern steht, sich deshalb auch nicht ohne Weiteres entsprechend ändern können, je nachdem der Pfandgläubiger oder der Eigenthümer dem Berechtigten gegenübertritt. § 1155 hat deshalb auch die angezogenen Bestimmungen lediglich auf die Ansprüche des Pfandgläubigers für entsprechend anwendbar erklärt, die in §§ 936, 939 dem Dritten gegebenen Rechte jedoch unberührt lassen müssen.

Soweit nach § 931 gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen dem Pfandgläubiger herauszugeben sind, würde dies dem Pfandrecht entsprechen und sich nach § 1154 rechtfertigen. Auf Auszahlung des durch Untergang oder Verschlechterung der Sache verursachten Schadens würde jedoch der Pfandgläubiger zunächst und vor Eintritt seines Verkaufsrechts überhaupt noch keinen Anspruch haben. Sollte die entsprechende Geltung dieser Bestimmung jedoch so zu verstehen sein, so würde wohl weiter bestimmt werden müssen, daß der so gezahlte Betrag einstweilen hinterlegt werde. Vor Allem aber kann es fraglich sein, auf Ersatz welchen Schadens der Pfandgläubiger den Anspruch haben soll, ob auf Ersatz des allgemein dem Eigenthümer entstandenen Schadens oder auf Ersatz des gerade ihm, dem Pfandgläubiger, verursachten Schadens. Derselbe ist zweifellos verschieden, denn der Schade des Eigenthümers ist sofort gegeben, der des Pfandgläubigers kann sich erst bei dem Verkauf des Pfandes oder dann herausstellen, wenn das Pfand hätte verkauft werden können. Es muß angenommen werden, daß der Schade als zu ersetzend hat gemeint sein sollen, welcher gerade dem Pfandgläubiger nur entstanden

ist, da der dritte Besitzer durch sein fahrlässiges oder vorsätzliches Handeln dem Pfandgläubiger unmittelbar verpflichtet erscheint, nach dem Entwurf aber der Schadensersatzanspruch des Eigenthümers dem Pfandgläubiger nicht kraft des Pfandrechts haftet, wie zu § 1150 erwähnt. Nun läßt sich der Schade des Pfandgläubigers aber erst nach Eintritt des Verkaufsrechts sicher feststellen, wie auch dann erst der Anspruch auf Auszahlung besteht. Es fragt sich deshalb, wie ist das Rechtsverhältniß in der Zwischenzeit. Dem Eigenthümer muß doch andererseits auch soweit der Schadensersatzanspruch verbleiben, als letzterer den Schaden des Pfandgläubigers übersteigt und davon verschieden ist, während die Ansprüche des Eigenthümers ruhen müssen, soweit sie sich mit denen des Eigenthümers decken und noch nicht erledigt sind.

Es ergeben sich also Zweifel aus der entsprechenden Anwendung des § 931 auf die Ansprüche des Pfandgläubigers. Soweit es sich um den durch Untergang oder Verschlechterung des Pfands entstandenen Schaden handelt, wäre die Sache einfach, wenn allgemein der dem Eigenthümer deshalb zustehende Ersatzanspruch dem Pfandgläubiger kraft seines Pfandrecht überhaupt haftete, wie zu § 1150 vorgeschlagen.

Weiter erscheint aber auch die entsprechende Anwendung der in §§ 930, 931 für den Eigenthümer gegebenen Bestimmungen für die Ansprüche des Pfandgläubigers nicht ausreichend. Zunächst beschränkt § 931 abgesehen von den Nutzungen den Schadensersatzanspruch auf den durch Untergang oder Verschlechterung der Sache entstandenen Schaden, berücksichtigt mithin den nicht, welcher durch Verfügung über die Sache — auch dem Pfandgläubiger recht wohl — entstehen kann. S. 405 sagen zwar die Motive bei dem Eigenthumsanspruch, daß im § 931 ein allgemeines Prinzip enthalten sei, aus welchem sich auch die Beantwortung dieser Frage ergebe, allein aus der bestimmten Beschränkung auf die angegebenen Entstehungsursachen eines Schadens und aus der im Gegensatz zu § 930 beliebten Weglassung des verallgemeinernden Zusatzes „und anderweit" läßt sich eben nicht entnehmen, daß auch anderweit entstandener Schaden, also insbesondere durch eine solche Verfügung entstandener als zu ersetzend gemeint sein soll.

Aber auch hiervon abgesehen, konnte sich der Entwurf für den Eigenthumsanspruch mit §§ 930, 931 begnügen, weil der Eigenthümer, auch wenn er den Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 930,

931 nicht hat, doch noch durch die in § 748 gegebenen Bestimmungen über die Haftung des Besitzers oder Inhabers aus ungerechtfertigter Bereicherung geschützt ist. Dadurch daß in § 1147 Absatz 2 bestimmt ist, daß § 880 auch für das Pfandrecht entsprechende Anwendung finden solle, hat der Pfandgläubiger zwar einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, indessen doch nur für den Fall der bestimmten unberechtigten Verfügung eines Dritten, durch welche er einen Verlust seines Rechts erlitten hat. Für andere Fälle und bei solchen stattgehabten Beeinträchtigungen des Pfandrechts, durch welche ein dritter Besitzer des Pfands, welcher von dem Mangel seiner Berechtigung zum Besitz keine Kenntniß hatte, ungerechtfertigt bereichert ist, hat der Pfandgläubiger einen solchen Anspruch nicht. Hinsichtlich des dem Pfandgläubiger aber nach §§ 1147, 880 gegebenen Anspruchs bezüglich der Bezahlung desselben gilt dasselbe was oben hinsichtlich der Schadensersatzforderung nach § 931 und deren Zahlung von dem Pfandgläubiger bemerkt worden ist.

Wie schon erwähnt, sind jedoch nach §§ 936, 939 gewichtige Gegenansprüche des Dritten begründet, welche durch Zurückbehaltung des Pfands geltend gemacht werden können.

Nach § 936 hat der Dritte einen Ersatzanspruch wegen seiner Verwendungen, durch welche der Eigenthümer in Folge Wiedererlangung der Sache bereichert wird.

Der Entwurf steht hinsichtlich der Gegenansprüche wegen Verwendungen gegenüber dem Eigenthumsanspruch auf dem Standpunkt, daß er nicht wie das gemeine Recht einen Unterschied zwischen redlichem, unredlichem und deliktmäßigem Besitzer macht, sondern das rechtsbegründende Moment überhaupt in der Thatsache der durch die Verwendung dem Eigenthümer gewordenen Bereicherung findet. Weil und soweit der Eigenthümer bereichert ist, deshalb und soweit ist er zur Erstattung der Verwendung verpflichtet. Diesen Grundsatz entsprechend auf den Pfandgläubiger angewendet, würde der letztere nur insoweit zum Ersatz verpflichtet sein, als durch die Verwendung des Pfands bei dem Verkauf einen höheren Erlös als vor der Verwendung gefunden hat, bezüglich gefunden haben würde, und als gerade dieser Mehrerlös mit zur Befriedigung des Pfandgläubigers gedient hat, denn nur insoweit würde für den Pfandgläubiger durch die Verwendung eine Bereicherung vorliegen. Nun hat aber der Dritte eben nach §§ 936, 938 einen durch Zurückbehaltungsrecht geschützten Ersatzanspruch in dem Umfang, in welchem der Eigenthümer bereichert

ist, und braucht deshalb auch dem Pfandgläubiger das Pfand vor Befriedigung seines Anspruchs nicht herauszugeben, sodaß, wenn man die Rechte des Dritten nicht kürzen oder die Verpflichtungen des Pfandgläubigers nicht erweitern will, wozu kein Anlaß vorliegen dürfte, eine entsprechende Anwendung der betreffenden Bestimmungen nicht eintreten kann. Der Pfandgläubiger hat nach dem Entwurf keine Verwendungspflicht, sogar bei Verderb des Pfands hat er nur die in § 1157 bestimmte Pflicht der Benachrichtigung, er selbst hat auch nur nach § 1159 einen Ersatzanspruch für nothwendige Verwendungen. Bei diesem Widerstreit entgegenstehender Ansprüche entsteht die Frage, welches Recht das stärkere ist, das dingliche des Pfandgläubigers oder das persönliche des Dritten aus der Bereicherung gegen den Eigenthümer. Ueber die wirkliche Bereicherung des Pfandgläubigers hinaus, wie sie oben herausgestellt, wird man das Recht des Pfandgläubigers vorgehen lassen und das Zurückbehaltungsrecht des Dritten beschränken müssen, dem letztern jedoch ein gesetzliches Pfandrecht für seinen Anspruch geben können, welches jedoch über den Bereicherungsanspruch gegen den Pfandgläubiger hinaus dem Pfandrecht des letztern nachstehen müßte. Es würde ein solches Recht dem Vorzugsrecht im Konkurs (§ 41 Ziffer 7 Konkurs-Ordnung) entsprechen.

Noch größere Schwierigkeiten macht die entsprechende Anwendung der §§ 939, 940 auf den Anspruch des Pfandgläubigers gegen den lösungsberechtigten Dritten. Wenn der Pfandgläubiger gegen diesen mit seinem Anspruch nur soll durchdringen können, wenn er dessen Lösungsanspruch befriedigt, so kann freilich das ganze Pfandrecht wirkungslos werden. Allerdings gilt von dem Eigenthumsanspruch dasselbe, sodaß grundsätzlich dort die Frage entschieden, jedenfalls aber bei dem Pfandrecht die entsprechende Anwendung bestimmt geordnet werden muß.

Soweit jedoch der Pfandgläubiger, um zu seinem Recht zu kommen, Verwendungs- oder Lösungsansprüche des Dritten befriedigen muß, wird es unbedingt nothwendig sein, das Pfand selbst für die entsprechenden Rückerstattungsansprüche an den Eigenthümer mit haften zu lassen und ist dann die im § 1148 bestimmte Haftung des Pfands wegen der vom Pfandgläubiger gemachten nothwendigen Verwendungen zu beschränkt, sodaß eine Erweiterung der Haftung, wie zu §§ 1148, 1149 am Ende bemerkt, geboten erscheinen dürfte.

§ 1160. Die Fassung dieses Paragraphen, insbesondere die

erwähnten „Einwendungen" und „Einreden" können zu der Annahme verleiten, als ob der Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande klageweis geltend zu machen sei. Es ist das natürlich nicht gemeint, da der Pfandgläubiger behufs seiner Befriedigung aus dem Pfande das letztere, welches er entweder schon inne hatte oder dessen Herausgabe er gegebenen Falls im Klagewege erlangt hat, selbst verkaufen kann und nur in den seltenen Fällen auf Geschehenlassen des Pfandverkaufs und Vornahme des dazu Erforderlichen zu klagen braucht, in denen ihm die ausschließliche Inhabung des Pfands nicht zusteht. Die Einwendungen und Einreden, auf Grund deren sich der Eigenthümer gegen den Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfand nach § 1160 soll schützen können, werden daher prozessualisch viel mehr im Wege der Klage als der Einrede geltend zu machen sein. Wenn der Eigenthümer solche Rechtsbehelfe bei an sich nach bestehendem Pfandrecht hat — denn wenn das Pfandrecht nicht oder nicht mehr zu Recht oder anfechtbar besteht, kann er seine Ansprüche in anderer Weise besser geltend machen — wird er zur Abwendung eines Pfandverkaufs Feststellungsklage erheben und sich durch Ausbringen einer einstweiligen Verfügung gegen den Verkauf des Pfands schützen müssen. Da insoweit die Sache bei dem Faustpfandrecht anders liegt als bei der Hypothek (§ 1084), würde dies besser durch eine andere entsprechend weitere Fassung zum Ausdruck gebracht werden können.

§ 1162. Für den nachstehenden Pfandgläubiger ist das Einlösungsrecht, welches ihm erst gegeben wird, wenn der vorgehende innehabende Pfandgläubiger das Pfand zum Verkauf bringt, entschieden zu beschränkt. Die Motive bestreiten zwar ein Interesse an einem früheren Einlösungsrecht, allein gewiß mit Unrecht, denn ganz abgesehen davon, daß dem nachstehenden Pfandgläubiger an der eigenen Inhabung des Pfandes sehr viel gelegen sein kann, sowie daran, daß bei einem Hinausschieben des Verkaufs nicht die Zinsen anwachsen und die Hauptverbindlichkeit noch erhebliche erschwerende Aenderungen erfahren kann, für welche das Pfand mithaftet, kann ja der nachstehende Pfandgläubiger nach § 1166 das Pfand gegen den Willen des vorgehenden Pfandgläubigers nicht zum Verkauf bringen, hat daher ein ganz besonderes Interesse, durch Einlösung sich zum Herrn der Lage zu machen. Auf der anderen Seite kann der vorgehende Pfandgläubiger, sobald seine Forderung fällig ist, nicht mehr als volle Befriedigung verlangen und hat, sobald die

letztere erfolgt ist, kein Recht am Pfand mehr. Dem Eigenthümer ist deshalb ganz richtig in § 1161 mit der Fälligkeit der Forderung des Pfandgläubigers das Einlösungsrecht gegeben. Ebenso muß dasselbe der nachstehende Pfandgläubiger haben.

Aber nicht nur letzterem, sondern auch dem Bürgen, wie dies das Allgemeine Preußische Landrecht I, 20 § 37 bestimmt, wird ein Einlösungsrecht zu geben sein. Freilich müßte dies in einem Befriedigungsrecht bei der Bürgschaft gegeben werden, da, soweit der Bürge befriedigt, nach § 676 Forderung und Pfandrecht auf den Bürgen übergeht. Die Motive nehmen bei § 679 S. 679, 680 unter Bezug auf § 676, §§ 254 ff., §§ 272 ff. an, daß der Bürge das Recht hätte, den Gläubiger zu befriedigen und so dessen Rechte gegen den Hauptschuldner zu erwerben, allein ein solches Recht ist dem Bürgen nicht gegeben und nach § 227 kann der Gläubiger, ohne in Verzug zu kommen, die Leistung durch den Bürgen ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht. Da bei einem böswilligen Schuldner, welcher wegen schlechter Vermögenslage den etwaigen Rückgriff des Bürgen nicht zu fürchten braucht, die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß derselbe Widerspruch erhebt, so ist es sehr geboten, dem Bürgen ein Recht auf Befriedigung einzuräumen, worin ihm dann das Einlösungsrecht von selbst gegeben ist.

Wünschenswerth wäre es, noch weiter zu gehen und jedem Gläubiger des Verpfänders, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt und damit einen Anspruch auf Pfändung des bereits in der Pfandinhabung eines Andern befindlichen Gegenstandes hat, das Einlösungsrecht einzuräumen. Denn da nach § 713 Civilprozeßordnung das in der Inhabung des Pfandgläubigers befindliche Pfand gegen dessen Willen nicht gepfändet werden kann, ist ein dritter Gläubiger des Verpfänders in Geltendmachung seines Anspruchs auf Pfändung außerordentlich gehemmt, wenn die pfändbaren und noch Sicherheit bietenden Gegenstände in der Pfandinhabung eines Dritten sind und gegen dessen und des Schuldners Willen nicht herausgebracht und auch nicht gepfändet werden können. Ein solcher Gläubiger kann ein großes Interesse haben, das Pfand durch Einlösung in seine Inhabung zu bekommen, um dasselbe so nachpfänden lassen zu können.

§ 1166. Zu § 1162 ist das Einlösungsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers hauptsächlich wegen § 1166 gerechtfertigt worden. Es sei jedoch gestattet, hier auch noch ein Bedenken gegen diesen § 1166 selbst in seiner Allgemeinheit geltend zu machen. Daß der

innehabende vorgehende Pfandgläubiger jedenfalls berechtigt ist, selbst den Verkauf vorzunehmen und auch nicht verpflichtet sein kann, eines nachstehenden Pfandgläubigers wegen vor Eintritt seines eigenen Verkaufsrechts das Pfand zum Verkauf zu bringen, ist selbstverständlich. Zweifelhaft kann es jedoch sein, ob man ihm das Recht geben soll, nach Eintritt seines Verkaufsrechts (§ 1165 Absatz 2) auch einem nachfolgenden Pfandgläubiger gegenüber, für welchen ebenfalls das Verkaufsrecht eingetreten ist, den Verkauf beliebig hinausschieben zu dürfen. Daß der nachfolgende Pfandgläubiger hierdurch erheblich geschädigt werden kann, liegt auf der Hand. Giebt man ihm das Einlösungsrecht, so kann er sich zwar helfen, jedoch, da dazu Geld erforderlich ist, nur dann, wenn ihm dasselbe zur Verfügung steht. Vor allen Dingen würde jedoch dann ohne ausreichenden Grund eine ganz ungerechtfertigte Verschiedenheit zwischen Pfändungspfandrecht und Vertragspfandrecht eingeführt. Die Motive sagen zwar, daß § 1166 mit den Vorschriften der Civilprozeßordnung nicht im Widerspruch stehe. Allein dies ist nicht richtig. Mit § 690 und § 710 Civilprozeßordnung, auf welche die Motive verweisen, steht § 1166 allerdings nicht im Widerspruch, wohl aber mit §§ 727, 728, 716. Die Civilprozeßordnung bestimmt nicht, daß nur mit Einwilligung des frühern Pfandgläubigers der Verkauf für den spätern stattfinden könne. In der That hat deshalb auf Antrag des letztern, auch wenn der erste den Verkauf nicht will, der Verkauf doch stattzufinden. Es ist nicht abzusehen, weshalb bei dem Vertragspfand bei sonst gleichliegenden Verhältnissen etwas anderes gelten soll. Für das Einlösungsrecht würde daneben doch noch Raum und auch Grund bleiben, schon weil der nachfolgende Pfandgläubiger sich desselben vor Eintritt seines Verkaufsrechts bedienen kann.

§ 1167. Bereits in den Ausführungen zu § 1147 ist erwähnt worden, wie die Motive selbst zugeben müssen, daß durch ein geschickt gestaltetes bedingtes Rechtsgeschäft das Verbot des Verfallvertrags hinfällig gemacht werden kann. Es wird nicht ausbleiben, daß hiervon die Nutzanwendung gezogen werden wird. Daß eine solche Aussicht unbefriedigend sein muß, leuchtet ein.

Wenn im Einklang mit der Civilprozeßordnung zu § 1166 die Bestimmung wünschenswerth erschienen ist, daß ein nachstehender Pfandgläubiger von dem vorgehenden Pfandgläubiger, sobald für beide das Verkaufsrecht nach § 1165 Absatz 2 eingetreten ist, den Pfandverkauf soll beanspruchen können, so würde sich diesfalls noch ein

weiteres Vertragsverbot nothwendig machen. Es müßte dann nämlich ein zwischen Pfandgläubiger und Schuldner geschlossener Vertrag, das Pfand nicht oder nicht innerhalb gewisser Zeit zum Verkauf zu bringen, für nichtig erklärt werden. Dem Sondernachfolger, also auch dem, welcher von seinem Einlösungsrecht Gebrauch gemacht hat, würde ein hierauf gegründeter Einwand Seitens des Eigenthümers, weil lediglich das dingliche Recht betreffend, nach § 1160 nicht entgegengestellt werden können, wohl aber eben dem Pfandgläubiger, mit welchem ein solches Abkommen getroffen ist und welcher, wie vorgeschlagen, den Verkauf vornehmen soll, wenn es der nachfolgende Pfandgläubiger verlangt. Weitere Bestimmungen hinsichtlich eines solchen Vertrags, wie sie das gemeine Recht und das Pr. A. L. R. I, 20 §§ 26, 27, kennt, erscheinen nicht nothwendig.

§§ 1169—1178. Die Bestimmungen über das Verkaufsverfahren können nicht als zweckmäßig anerkannt werden und bedürfen dringend einer Aenderung. Gewiß ist es als ein entschiedener Vorzug des Entwurfs anzuerkennen, daß dem Pfandgläubiger das Recht zum Selbstverkauf gegeben ist, allein die Ausführung des letzteren hat der Entwurf zu ausschließlich in die Hand des Pfandgläubigers gelegt, dabei die Verantwortlichkeit desselben unnöthig gesteigert und dadurch wieder unbeabsichtigt für den Pfandkredit eine Erschwerung geschaffen. Es ist anzuerkennen, daß diese Bestimmungen sich aus der Durchführung des Grundsatzes des § 1165 folgerichtig ergeben, indessen ist damit weder dem Eigenthümer noch dem Pfandgläubiger etwas genützt. Für den Pfandgläubiger insbesondere enthalten sie soviel Schlingen, daß er ohne rechtlichen Beirath kaum in der Lage ist, den Verkauf ohne Nachtheil vornehmen lassen zu können und geradezu dazu gedrängt wird, auf denselben zu verzichten, sich lieber einen vollstreckbaren Schuldtitel zu verschaffen und den Verkauf im Wege des Zwangsvollstreckungsverfahrens vornehmen zu lassen (§ 1169). Der ganze Vortheil des billigern und raschern Selbstverkaufs geht dadurch verloren und doch läßt sich derselbe durch wenige Aenderungen erhalten.

Indem der Entwurf die Verkaufshandlung selbst unter die Verantwortlichkeit des Pfandgläubigers stellt und nur die in § 1171 angegebenen Personen als die Organe bezeichnet, durch welche er nach seinen Anweisungen den Verkauf vornehmen lassen soll, verpflichtet er den Pfandgläubiger, jenen Organen jedesmal die besondern Bedingungen für den Verkauf vorzuschreiben, welche das Gesetz verlangt

oder er selbst für zweckmäßig erachtet und macht ihn haftbar, wenn er etwas versieht. Dieser Standpunkt erscheint nicht richtig. Richtiger erscheint es, wenn das Gesetz ein für allemal unmittelbar denen welche den Verkauf vornehmen sollen, vorschreibt, wie verkauft werden soll, wenn also nicht der Pfandgläubiger jedesmal das Verfahren vorzuschreiben hat, sondern wenn dasselbe vom Gesetz selbst ein für allemal vorgeschrieben ist. Dazu wird zunächst nothwendig sein, § 1171 dahin einzuschränken, daß der Pfandgläubiger den Verkauf nur durch Gerichtsvollzieher vornehmen zu lassen hat, da diese, gerade wie bei der Zwangsvollstreckung, zu einem bestimmten Verkaufsverfahren verpflichtet werden können. Diese haben nun den Verkauf so vorzunehmen, wie der Entwurf bestimmt, und hat der Pfandgläubiger nicht nöthig, unter eigener Haftung, diese gesetzlichen Bestimmungen erst vorzuschreiben. Der Pfandgläubiger kann sich dann darauf verlassen, daß der Verkauf in gesetzlicher Weise vor sich geht und dieselbe Sicherheit hat der Eigenthümer, welcher für einen solchen Verkauf gewiß nicht mehr Sicherheit verlangen kann als bei dem Verkauf des Vollstreckungspfands.

Bis zur Abgabe des Pfands an den Gerichtsvollzieher und bis zur Beauftragung desselben mit dem Verkauf ist der Pfandgläubiger natürlich mit Recht allein verantwortlich. Er hat dem Eigenthümer den Verkauf anzudrohen, wobei ihm die sehr zweckmäßige Fiktion des § 1195 erfreulichen Schutz gewährt, und für Einhaltung der Verkaufsfrist zu sorgen. Er hat auch dem Gerichtsvollzieher die Namen des Eigenthümers und etwaiger ihm bekannter Realinteressenten mitzutheilen und den Ort der Versteigerung zu bezeichnen. Damit hat jedoch der Pfandgläubiger das Seinige gethan und tritt nunmehr die Verantwortlichkeit des Gerichtsvollziehers gerade so wie bei der Zwangsversteigerung ein. Die weitern Vorschriften haben sich an den Gerichtsvollzieher zu wenden. Dieser hat die öffentlichen Bekanntmachungen (§ 1171 Absatz 2) zu erlassen und die Benachrichtigungen (§ 1172 Absatz 2) zu bewirken, die Versteigerung auch an dem ihm vom Pfandgläubiger bezeichneten Ort vorzunehmen. Ihn geht die Vorschrift des § 1174 an, welche nach Aenderung des § 1171 dieselbe Fassung wie § 721 Civilprozeßordnung erhalten kann. Bei der so vorgeschlagenen Gestaltung des Verkaufsverfahrens würde es das einfachste und zweckmäßigste sein, zu bestimmen, daß der Gerichtsvollzieher den Verkauf in Gemäßheit des § 718 der Civilprozeßordnung vorzunehmen hat, wodurch § 1175 wegfällig würde. Die Motive

meinen zwar, daß man auch bei einer etwaigen Bestimmung, daß der Pfandgläubiger den von ihm mit dem Verkauf Beauftragten anweisen sollte, nach § 718 Civilprozeßordnung zu verkaufen, wegen des Inhalts des § 718 zu keinem angemessenen Ergebniß gelangen würde. Allein was die Motive gegen den § 718 anführen, ist nicht geeignet, diese Meinung zu begründen. § 718 Civilprozeßordnung ist durchaus zweckmäßig und hat sich recht gut bewährt. Insbesondere ist der dreimalige Ausruf sehr nützlich, auch die kassatorische Klausel deutlich genug bestimmt. Jedenfalls müßte aber, auch bei Beibehaltung des § 1775 im Uebrigen, Satz 2 in Wegfall kommen, da nach dem Vorgeschlagenen der Gerichtsvollzieher allein verantwortlich sein würde.

Vor allen Dingen aber muß beanstandet werden, daß der Pfandgläubiger als Verkäufer des Pfands wegen etwaiger Mängel desselben die Gewähr leisten soll, wie der Entwurf will, indem er ausdrücklich eine diese Haftung ausschließende Bestimmung nicht aufgenommen hat. Die Motive sagen, daß der Pfandgläubiger sich genügend schützen könne, wenn er bei dem Verkauf den Ausschluß der Gewährleistung besonders bedingen lasse. Das würde zunächst einen Pfandgläubiger voraussetzen, der so rechtskundig ist, daß er überhaupt weiß, daß er ohne eine solche ausdrückliche Bedingung gesetzlich sich der Gefahr einer solchen Haftung aussetzt, und der so viel Umsicht besitzt, selbst die nöthige Vorsorge zu treffen, welche das Gesetz nicht getroffen hat. So kluge und umsichtige Menschen sind aber leider selten. Aber bei aller Vorsicht würde damit allein ein solcher Mann sich nicht einmal genügend schützen, da der vertragsmäßige Erlaß der Haftung nach § 396 unwirksam ist, wenn der Verkäufer den Mangel gekannt und verschwiegen hat. Er müßte also auch noch alle ihm bekannte Mängel bei dem Verkauf bekannt machen lassen. Es braucht nur hierauf aufmerksam gemacht zu werden, um beurtheilen zu können, wie thöricht der Pfandgläubiger sein würde, der durch den Selbstverkauf sich solchen Unannehmlichkeiten aussetzen und der nicht lieber sich einen vollstreckbaren Schuldtitel verschaffte und das Pfand im Zwangsvollstreckungsverfahren verkaufen ließ. Denn nach § 395 hat der Erwerber ein Recht auf Gewährleistung wegen Mängel nicht, wenn im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sache auf Betreiben eines Gläubigers veräußert ist. Diese außerordentlich zweckmäßige Bestimmung muß im Interesse des Pfandkredits nothwendig auch auf den Pfandverkauf ausgedehnt werden, wie dieser Pfandverkauf auch

in § 1182 mit Recht dem Verkauf im Weg der Zwangsvollstreckung gleichgestellt ist. Da § 395 auch für die Fälle des § 726 Civilprozeßordnung gilt, besteht auch kein Bedenken, die Ausdehnung ebenfalls für die Fälle des § 1178 gelten zu lassen, sobald nur, wie bei der Zwangsvollstreckung, bei dem Verkauf bekannt gegeben ist, daß es sich um einen Pfandverkauf handelt. Auf einen Verkauf nach § 1177 jedoch dürfte die Ausdehnung im Interesse der Verkehrssicherheit dann bedenklich sein, wenn bei der hier vorausgesetzten freien Vereinbarung zwischen Eigenthümer und Pfandgläubiger ein Verkauf nicht durch den Gerichtsvollzieher stattfinden soll.

§ 1181. Nach dem zu § 1169—1178 Vorgeschlagenen würde in § 1181 Satz 2 § 1172 wegzulassen sein, da der Pfandgläubiger nur zu den betreffenden Mittheilungen an den Gerichtsvollzieher verpflichtet sein soll.

§ 1182. Weshalb in § 1182 als Pfand ausdrücklich eine bewegliche Sache vorausgesetzt wird, während doch der ganze Titel nur von beweglichen Sachen als Pfand handelt, ist nicht abzusehen.

§§ 1190, 1191. Mit gutem Grund ist in § 1189 bestimmt, daß der Pfandgläubiger durch seine einseitige Verzichtserklärung gegenüber dem Eigenthümer, welche sonst zur Aufhebung des Pfandrechts genügen soll, dann das Pfandrecht nicht aufheben kann, wenn dasselbe mit dem Rechte eines Dritten belastet ist. Nach § 1190 soll der Pfandgläubiger jedoch das Erlöschen des Pfandrechts dadurch bewirken können, daß er die Forderung auf einen Dritten überträgt, das Pfandrecht aber ausschließt und nach § 1191 soll er dadurch, daß er das Pfand an den Eigenthümer zurückgiebt, dasselbe erreichen können. Der Berechtigte kann über sein Recht ungehindert verfügen, nur darf, wenn sein Recht zu Gunsten eines Dritten belastet ist, das belastende Recht in seinem Bestand nicht berührt werden. (Motive zu § 960 S. 463.) Diesem Grundsatz entspricht § 1189, nicht aber die §§ 1190, 1191. Wenn es überhaupt nothwendig ist, eine Bestimmung, wie die in § 1190 zu geben, so darf bei einer Uebertragung der Forderung der Ausschluß des Pfandrechts auch nur mit Einwilligung des dritten Berechtigten zugelassen werden. Denn es könnte ja sonst ein Pfandgläubiger ungehindert in den Rechtsbestand eines belastenden Rechts eingreifen, indem er die Forderung ohne Pfandrecht auf einen Anderen übertrüge und so das Pfandrecht selbst zur Aufhebung brächte. Daß, wenn der Ausschluß des Pfandrechts bei einer Uebertragung der Forderung überhaupt zugelassen wird, das

Pfandrecht erlöschen muß, weil es ohne Forderung nicht bestehen kann, ist klar. Ein Bedürfniß jedoch, einen solchen Ausschluß zuzulassen, liegt eigentlich gar nicht vor, da ja der Pfandgläubiger, wenn er guten Grund hat, das Pfandrecht nicht mitzuübertragen, vorher auf dasselbe verzichten kann.

Bei § 1191 gestaltet sich die Sache ganz eigenthümlich. An sich müßte dasselbe gelten wie bei § 1189, da die Rückgabe des Pfandes an den Eigenthümer als Verzichtserklärung fingirt wird und der Pfandgläubiger doch ebensowenig durch eine in einer gewissen Handlung sich verkörpernde Willenserklärung wie durch eine dem Eigenthümer unmittelbar gegenüber abgegebene das etwaige Recht eines Dritten berühren darf. Diesen thatsächlichen Verzicht jedoch ohne Einwilligung des Dritten unwirksam sein zu lassen, dem steht die Bestimmung entgegen, daß ein Pfand sich nicht in der Inhabung des Eigenthümers befinden kann. Bei diesem Widerstreit muß ein Rechtsgrundsatz nachgeben. Nach dem Entwurf würde es der Schutz des Rechts des Dritten sein müssen. Der Widerstreit wird garnicht entstehen, wenn, wie zu § 1147 dringend befürwortet, die Begründung des Pfandrechts mittels constitutum nicht ausgeschlossen wird.

§ 1206 ff. Der vierte Titel über das Pfandrecht an Rechten hat zwar sorgfältig und erschöpfend die aus der Verschiedenheit des Gegenstandes des Pfandrechts sich ergebenden Rechtsverhältnisse berücksichtigt, leidet jedoch entschieden an dem Mangel der Unübersichtlichkeit. Wie schon bei § 1155 beanstandet, hat der Entwurf auch hier der Kürze halber wiederholt auf frühere Bestimmungen Bezug genommen und insbesondere in allgemeinerer Weise die Vorschriften über das Faustpfandrecht und die Uebertragung der Forderungen für entsprechend anwendbar erklärt, wobei wiederum es sich nöthig gemacht hat, einzelne besondere Bestimmungen für hier außer Geltung zu setzen. So ist es gekommen, daß sich in dem Titel wenig Paragraphen finden, in denen nicht auf andere zurückverwiesen wird. Es ist mit Recht zu befürchten, daß sich der Rechtsunkundige hier nie zurechtfinden wird, daß es aber auch dem Rechtskundigen Mühe machen wird, sich zu vergewissern, was bei dem Pfandrecht an Rechten eigentlich Rechtens sein soll. Bei der Neuschaffung eines Rechtsbuches sollte das gewiß vermieden werden und ist deshalb eine Aenderung dringend zu wünschen.

§ 1208. Nach § 828 kann ein Recht an einem Grundstück nur von dem im Grundbuch eingetragenen Berechtigten übertragen und

belastet werden. Nach § 1087 gilt dies auch für die Abtretung der Forderung, für welche Hypothek bestellt ist, da die eine von der anderen nicht getrennt werden kann. Zu Gunsten der Erben eines eingetragenen Hypothekengläubigers wird jedoch die Ausnahme gemacht, daß sie die ererbte Forderung abtreten können, ohne daß sie sich selbst erst als die Berechtigten eintragen zu lassen hätten. Nach § 1208 finden auf die Begründung des Pfandrechts an einem Recht die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche im Falle der Uebertragung jenes Rechts gelten. Eine Hypothekenforderung kann deshalb lediglich der eingetragene Hypothekengläubiger verpfänden. Die Ausnahme zu Gunsten der Erben des eingetragenen Hypothekengläubigers ist aber hier bei der Verpfändung ausdrücklich außer Anwendung gesetzt. Die Motive sagen irrthümlicher Weise entgegen der Bestimmung des Entwurfs und auch entgegen der Ausführung S. 541 zu § 1073, daß die Begründung des Pfandrechts an einem gebuchten Recht den Erben in gleicher Weise erleichtert sei.

Es ist übrigens hinzuzufügen, daß der Entwurf mit Recht diese Ausnahme hier außer Anwendung gesetzt hat. Denn bei der Abtretung hätte die vorherige Eintragung schlechterdings keinen andern Zweck als den der Erfüllung einer kostspieligen Form, da mit der Abtretung sofort wieder die Löschung dieses Eintrags hätte erfolgen müssen, während bei der Verpfändung der einzutragende Gläubiger immer Gläubiger bleibt, sein Recht nur belastet, eine Löschung des Eintrags mithin vorerst nicht wieder zu erfolgen hat.

Nach anderer Richtung geben jedoch die Motive zu § 1208 wichtigen Aufschluß. Man konnte zweifelhaft sein, wie es mit der Uebertragung einer Forderung stehe, für welche ein eingetragenes Recht verpfändet ist, und ob auch dafür § 828 entsprechend anzuwenden sei. Der Entwurf enthält keine ausdrückliche Bestimmung. Die Frage ist nach § 1208 dafür entscheidend, was bei der Weiterverpfändung einer Forderung gelte, für welche bereits ein eingetragenes Recht verpfändet war. Nach der Anmerkung zu § 1208 und aus dem Hinweis auf die Grundbuchordnung ergiebt sich, daß der Entwurf für eine solche Abtretung die Eintragung nicht erfordert, folglich auch nicht für die Weiterverpfändung. Die Gründe sind zu billigen.

§ 1211. Während grundsätzlich nach § 1208 auf Begründung eines Pfandrechts an einem Rechte die im Falle der Uebertragung desselben geltenden Vorschriften Anwendung finden sollen, nach §§ 293,

294 sonach zur Verpfändung einer Forderung, zu deren Veräußerung der Abtretungsvertrag genügt, auch der Pfandvertrag genügen müßte, enthält der § 1211 die überraschende Bestimmung, daß außer dem Pfandvertrag noch erforderlich sei, daß die Verpfändung von dem Verpfänder dem Schuldner angezeigt werde. Damit durchbricht der Entwurf den für die Abtretung von Forderungen aufgestellten Grundsatz, daß die Forderungen ohne Weiteres mit dem Abtretungsvertrag auf den neuen Gläubiger übergehen. Daß dies neue Erforderniß hier aufgestellt wird, ist um so überraschender, als doch die Verpfändung einer Forderung das Weniger ist als die Abtretung, sodaß wenn die einfache Form für letztere genügt, sie erst recht für erstere genügen muß. Und für die Abtretung genügt sie gewiß nach den weiteren Sicherungsbestimmungen, welche der Entwurf sehr zweckmäßig getroffen hat. Sie muß aber auch für die Verpfändung genügen. Die Motive rechtfertigen die Bestimmung damit, daß die Verpfändung besser kundbar gemacht und den Gefahren „einer generellen, eine Mehrheit von Forderungen in einer Bezeichnung begreifenden Verpfändung" vorgebeugt werden soll. Es ist nicht abzusehen, welchen Zweck die bessere Kundbarmachung haben und welche größere Gefahren die generelle Verpfändung vor der generellen Abtretung haben soll. Ist das generelle Rechtsgeschäft, Abtretung oder Verpfändung, so generell, daß sich nicht erkennen läßt, was dessen Gegenstand eigentlich gewesen, so ist es gültig nicht zu Stande gekommen, ist es nicht so generell und gültig zu Stande gekommen, so wird das Rechtsgeschäft durch die nothwendige Anzeige an die Schuldner nicht ungefährlicher, sondern nur mehr erschwert, ohne daß ein Grund vorliegt, die Verpfändung mehr zu erschweren als die vollständige Abtretung. Die Gründe, welche gegen das constitutum beim Faustpfandrecht vorgebracht wurden, können hier gar nicht gelten, weil bedenkliche Verpfändungen nicht verhindert, sondern nur, und zwar bei der gesetzlich nothwendigen Mithülfe des Verpfänders ganz unbedeutend, erschwert werden, da aber, wo die Benachrichtigung überhaupt unthunlich erscheint, die Verpfändung einfach durch die Abtretung ersetzt werden kann. Dem Prozeßrecht (§ 730 C. P. O.) und Konkursrecht (§ 15 Einf. Gesetz) zu lieb sollte das Gesetzbuch einen wohlbegründeten Rechtssatz nicht durchlöchern. Es gilt das auch von § 294 Absatz 3, welcher abweichend von dem für die Abtretung aufgestellten Grundsatz für die Uebertragung im Zwangsvollstreckungsverfahren wieder die Mittheilung

an den Drittschuldner erfordert. Prozeßrecht und Konkursrecht sollten vielmehr mit den wohlerwogenen Grundsätzen des neuen Gesetzbuchs in Einklang gebracht werden.

Man könnte sich ja mit dem erschwerenden Erforderniß einverstanden erklären, wenn es an sich zweckmäßig oder wenigstens unbedenklich wäre. Aber das ist es nicht. Denn zunächst hat der Gläubiger, auch wenn der Pfandvertrag fertig geworden, es vollständig in der Hand, das beabsichtigte Pfandrecht wirksam werden zu lassen oder nicht oder den Eintritt der Wirksamkeit hinauszuschieben, da er ja die Anzeige bewirken muß. Der Pfandgläubiger ist daher nicht eher gesichert durch das Pfandrecht und wird nicht früher seine etwaige Gegenleistung machen können, als ihm der Nachweis erbracht ist, daß die Anzeige entsprechend den Bestimmungen in § 74 — 76 erfolgt ist. Liegen hierin schon für einen nicht ganz vorsichtigen Pfandgläubiger erhebliche Gefahren, so ist die Umständlichkeit der Verpfändung selbst deshalb so unzweckmäßig, weil in den meisten Fällen sowohl der Schuldner, welcher verpfänden will, als der Gläubiger, welchem die Sicherheit bestellt werden soll, an thunlichst schneller Begründung des Pfandrechts das größte Interesse haben. Auch hier besteht deshalb wieder die Befürchtung, daß durch solche Erschwerungen die Parteien ohne alle Noth zu einem andern Rechtsgeschäft, der einfachern völligen Abtretung, gedrängt werden.

Schon oben bei § 1150 war erwähnt, daß nach § 1067 Ziffer 5 bei der Hypothek dem Gläubiger insbesondere auch die Forderungen des Eigenthümers aus der Versicherung verpfändeter Gebäude haften und war auch für das Faustpfandrecht eine Erweiterung der pfandrechtlichen Haftung gewünscht worden. Nach dem schon erwähnten Grundsatz der Surrogirung würde das Recht des Pfandgläubigers an der so neu entstehenden Forderung doch als Pfandrecht anzusehen sein, nach der Bestimmung des § 1211 aber dann nicht früher wirksam werden können, als bis der Eigenthümer die Anzeige an seinen Schuldner bewirkt hätte. Es springt sofort in die Augen, wie völlig unzweckmäßig dies sein und von wie zweifelhaftem Werth die hypothekarische und bezüglich pfandrechtliche Haftung dann sein würde, wenn sie nicht sofort mit Entstehen der Forderung selbst eintreten könnte. Natürlich hat der Entwurf das bei § 1067 Ziffer 5 sehr wohl erkannt und auf die Forderung aus der Gebäudeversicherung, bei der sich ein bloßes Beschlagnahmerecht als verfehlt erweisen würde (Motive S. 667 § 1070), die Vorschriften der §§ 303—306 für

entsprechend anwendbar erklärt. Damit ist jedoch wieder der Grundsatz des § 1211 verlassen und dem offenbaren Bedürfniß des Verkehrs Rechnung tragend es so geordnet, daß die Haftung jener Forderung ganz entsprechend den Grundsätzen der Uebertragung eines Rechts beginnt. Daß nur für das vertragsmäßige Pfandrecht an der Forderung die Anzeige an den Schuldner zur Entstehung erforderlich, für das durch Rechtssatz entstehende Pfandrecht aber nicht erforderlich sein soll, ist jedenfalls eine Ungleichheit, welche besser vermieden würde.

Weshalb aber nicht wenigstens der Anzeige des Verpfänders die Vorlegung der Pfandurkunde durch den Pfandgläubiger wie § 306 Absatz 2 gleichstehen soll, dafür ist ein Grund nicht ersichtlich.

Die Eigenthümer-Hypothek und Eigenthümer-Grundschuld.[1])

Von Dr. Hermann Staub, Rechtsanwalt in Berlin.

I.

Soviel auch über dieses Schmerzenskind der Jurisprudenz schon geschrieben und gestritten worden ist, und so unerquicklich es auch erscheinen mag, dies viel beackerte und doch unfruchtbar erscheinende Feld von neuem zu betreten, es hilft nichts: der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs fordert gebieterisch dazu heraus. Denn wenn so Mancher erwartet haben mag, daß es den Redaktoren des bürgerlichen Gesetzbuchs gelingen werde, diesen Zankapfel der juristischen Theorie, diese crux der gerichtlichen Praxis für immer zu beseitigen und den in Frage kommenden Bedürfnissen des Rechtsverkehrs auf andere Weise Rechnung zu tragen, er ist in seinen Erwartungen getäuscht. Der Entwurf will der Eigenthümerhypothek zu neuem Leben verhelfen. Einen Ersatz dafür giebt es also nach Ansicht der Redaktoren nicht.

Ist dem wirklich so? Ist ein neuer Gesetzgeber berechtigt, die Eigenthümerhypothek von neuem zu etabliren? Läßt sich wirklich kein Ersatz dafür schaffen?

Ich verneine diese Fragen. Die Eigenthümerhypothek darf nicht von Neuem in das Gesetz aufgenommen werden. Denn sie ist eine juristische Unmöglichkeit. Es genügt nicht, daß die Motive über die bisherige Vergeblichkeit der zahlreichen Versuche, das Institut juristisch zu konstruiren, sich mit der Bemerkung hinwegsetzen, daß die juristische Konstruktion nicht Aufgabe des Gesetzes, sondern der Rechtswissen-

---

1) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung §§ 1094—1102 und Motive dazu.

schaft sei.[2]) Schon das ist für einen Gesetzgeber verfehlt, ein Institut gesetzlich einzuführen, dessen juristische Konstruktion ihm selbst nicht klar ist. Aber die Hauptsache ist, daß es sich bei der Eigenthümerhypothek garnicht mehr um ein der Lösung harrendes Problem handelt. Nur der kann von einem Problem noch sprechen, der sich gewaltsam der Einsicht verschließt, daß hier ein juristischer Nonsens vorliegt.

In der That ein Nonsens. Denn zum ureigensten Wesen eines jeden Pfandrechts gehört es, daß eine fremde Sache als Sicherheit haftet. Das ist so selbstverständlich, daß das allgemeine Landrecht kein Bedenken getragen hat, dieses Moment in seine Definition aufzunehmen (§ 1 I 20) und es ist noch Niemandem beigefallen, zu sagen, daß das Landrecht hier an einem Grundirrthum leide. Meine eigene Sache kann mir keine Sicherheit dafür sein, daß ich eine Summe, die mir ein Dritter schuldet, von diesem erhalte. Ueber meine eigene Sache kann ich auch ohnedies nach Belieben verfügen.

Wie man auch den materiellen Inhalt der Hypothek auffassen möge, sei es als Zahlungspflicht, oder als Pflicht, die Zwangsvollstreckung zu dulden, oder endlich als Pflicht, die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zu dulden[3]), jede dieser Konstruktionen setzt das Recht an fremder Sache begrifflich voraus. Denn gegen mich selbst kann ich keine Zahlungspflicht, gegen mich kein Recht auf Zwangsvollstreckung haben, gegen mich selbst kann ich nicht die Verpflichtung haben, die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung meines Grundstücks zu dulden.

Eine Hypothek des Eigenthümers an seinem eigenen Grundstücke ist hiernach ein Widerspruch in sich selbst: ein jus in re aliena, haftend an der eigenen Sache!

Nun verkennt allerdings der Entwurf nicht, daß man gegen sich selbst kein Zwangsvollstreckungsrecht, gegen sich selbst nicht die Verpflichtung haben kann, die Zwangsversteigerung zu dulden und deshalb ist auch dieses Recht dem Besitzer der Eigenthümerhypothek versagt. Da nun aber nach § 1075 des Entwurfs das Recht auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung den eigentlichen Inhalt der Hypothek bildet, so kann die Rechtsmacht, die dem Grundstückseigen-

[2]) Motive Band III. S. 205 zu § 835 des Entwurfs.

[3]) Vergleiche über diese verschiedenen Theorien meinen Aufsatz bei Gruchot Band 27 S. 707; sowie Falkmann in der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß Bd. 10 S. 374.

thümer verbleibt, eine Hypothek nicht sein. Sie dennoch als Hypothek zu bezeichnen, ist eine bewußte Unrichtigkeit, die unzulässig bleibt. Man wird einwenden (vergl. Motive Seite 205): der Eigenthümer könne ja über die Hypothek verfügen, er könne sie abtreten, und diese Dispositionsbefugniß ist ja auch grade der Grund des ganzen Rechtsinstituts.

Allein was man nicht hat, kann man nicht abtreten. Der Eigenthümer kann eine Hypothek an seinem Grundstücke wohl bestellen, aber er kann keine besitzen und daher auch nicht Hypothekenrechte übertragen.

Die Motive wenden hiergegen wieder ein, daß nach dem System des Entwurfs ja auch auf den Tilgungseinwand dem redlichen Hypothekenerwerber gegenüber keine Rücksicht genommen werde.

Nach dem Satze: Was man nicht hat, kann man nicht abtreten, würde das unmöglich sein. Wie dieses, sei auch jenes möglich. Allein die Fälle sind verschieden. Beim redlichen Erwerbe einer getilgten Hypothek liegt die Sache allerdings so, daß die Hypothek bezahlt ist und der Hypothekengläubiger eigentlich das Recht nicht mehr hat. Allein hier hat es das positive Recht in der Hand, die Thatsache der Zahlung hinweg zu fingiren, und durch diese Fiktion wird der juristische Fortbestand der Hypothek möglich gemacht.

Anders bei der Eigenthümerhypothek. Hier liegt die Sache nicht blos so, daß der Eigenthümer das Recht nicht hat, sondern so, daß er es auch begrifflich nicht haben kann. Das positive Recht kann mit seinen Fiktionen wohl Thatsachen hinweg- oder hinzu fingiren, soweit aber reicht keine Fiktion, daß sie logisch Unmögliches möglich machen kann. An dem Felsen der Logik scheitert die Macht des Gesetzes. Da es logisch unmöglich ist, daß man an seiner eigenen Sache eine Hypothek haben kann, so ist es dem Eigenthümer logisch unmöglich, eine Hypothek an seiner eigenen Sache auf einen anderen zu übertragen. Der Rechtsakt, der dem Erwerber das Hypothekenrecht an dem Grundstücke verschafft, kann vielmehr nichts anderes als eine Konstituirung von Hypothekenrechten, keine Cession sein; ihn dennoch Cession zu nennen, ist wiederum eine bewußte Unrichtigkeit.

Bei der Gestaltung der Eigenthümerhypothek durch den Entwurf, als Hypothek ohne Forderung, kommt hinzu, daß dieselbe noch in weiterer Hinsicht begriffswidrig ist. Die Motive sagen selbst (Seite 723), daß die Forderung nicht blos Bedingung, sondern Begriffselement der Hypothek ist. Der Hypothek ohne Forderung fehlt nach diesem

eigenen Ausspruch der Motive ein Begriffselement. Der Name „Hypothek" ist daher, da die Art die Merkmale der Gattung haben muß, wiederum eine bewußte Unwahrheit.

So setzt sich die sogenannte Eigenthümerhypothek auf Schritt und Tritt in Widerspruch mit dem Wesen der Hypothek und die Aussicht, sie jemals mit diesem Wesen in Einklang zu bringen, sie jemals juristisch zu konstruiren, ist ebenso vergeblich, wie es keinem Chemiker je gelingen wird, hölzernes Eisen zu erfinden.

Ein solches widerspruchsvolles Rechtsgebilde darf in die Zeit des neuen einheitlichen deutschen Rechts nicht hinüber genommen werden; es wäre traurig um die Jurisprudenz bestellt, wenn ihre Konsequenzen unabweislich auf die Beibehaltung einer solchen Mißgestaltung hindrängten.

II.

Worum handelt es sich denn eigentlich bei diesem ganzen Institut? Es soll dem zahlenden Grundeigenthümer die Möglichkeit gewährt werden, den Rang der bezahlten Hypothek zu neuem Grundkredit auszunutzen. Zur Erreichung dieses Effekts muß juristisch ein Mittel gefunden werden, um das mit dem Löschen einer Hypothek verbundene „Vorrücken" der nachfolgenden Hypotheken zu verhindern. Dieses Mittel bietet der Entwurf in der in der Hand des Eigenthümers fortbestehenden Hypothek.

Der Gesetzgeber giebt sich also das Räthsel auf: Wie verhindere ich das Vorrücken der nachfolgenden Hypotheken beim Wegfall einer Post? und löst es durch ein noch größeres Räthsel, indem er sich eine Hypothek am eigenen Grundstück zurecht zu legen bemüht. Wie aber wenn das erste Räthsel garnicht existirte? wenn das Dogma des unvermeidlichen Vorrückens, dem beizukommen dieses legislatorische Bemühen gewidmet ist, garnicht wahr wäre?

Unserer Ansicht nach hat der neue Gesetzgeber es in der Hand, das „Vorrücken" mit all den Schwierigkeiten, die es im Gefolge hat, auf sehr einfache Weise zu beseitigen. Er braucht nur durch eine positive Vorschrift zu bestimmen, daß beim Löschen einer Post die nachfolgenden Hypotheken **nicht** vorrücken. Mit dem Wesen der Hypothek würde diese Vorschrift durchaus harmoniren.

Denn mit Unrecht wird der Satz vom Vorrücken der Nachhypotheken als unbezwingbares Dogma betrachtet. Der Satz wird nicht bewiesen, sondern ohne Beweis gepredigt. Auch die Motive

stellen ihn als kategorischen Imperativ hin, der „aus dem Begriff der Hypothek folge.“ (S. 773.)

Allein was bedeutet es denn, wenn der Grundstückseigenthümer sein Grundstück zunächst mit einer Hypothek von 1 000 Mark für A., und sodann mit einer solchen von 1 000 Mark für B. belastet?

Der Grundstückseigenthümer will damit sagen:

Dir A. verpfände ich das Grundstück derart und mit der Maßgabe, daß die bei der Verwerthung zu erzielenden ersten 1 000 Mark Dir zufallen sollen; Dir B. verpfände ich das Grundstück derart oder mit der Maßgabe, daß die bei der Verwerthung zu erzielenden zweiten 1000 Mark Dir zufallen sollen. Es steht, wenn man Bedenken trägt, der die zweite Hypothek betreffenden Erklärung ohne weiteres diese unwandelbare Bedeutung beizulegen, mindestens nichts entgegen, daß ein neuer Gesetzgeber durch positive Vorschrift bestimmt, daß er die betreffende Erklärung so und immer nur so gedeutet wissen will. Und diese positive Vorschrift würde in dem Satze liegen, daß die Nachhypotheken nicht vorrücken. Der Rechtszustand würde sich dann wie folgt gestalten. Wenn die erste Hypothek fortfällt, so würde das Grundstück eben aufhören so belastet zu sein, daß die bei der Verwerthung zu erzielenden ersten 1 000 Mark einer dritten Person, dem A. zufallen. Es würde vielmehr nur noch so belastet sein, daß die zweiten 1 000 Mark einer fremden Person, nämlich B. zufallen.

Die Verpfändungserklärung, durch welche die zweite Hypothek bestellt wurde, würde dann genau so wirken, wie sie beabsichtigt und abgegeben war. Warum sollte sie, zumal wenn das Gesetz es so anordnete, nicht so wirken können? Warum sollte sie beim Wegfall der ersten Hypothek, also eines außerhalb ihr liegenden Umstandes, plötzlich eine andere, höhere Wirkung haben müssen, ohne die Absicht der erklärenden Personen, ja vielleicht gegen diese Absicht und dem Gesetz zum Trotz? Dies wäre nur dann möglich, wenn das sog. „Vorrücken“ auf unabweislicher Naturnothwendigkeit beruhte. Ob dieses der Fall ist, soll eine Prüfung der für das nothwendige Vorrücken vorgebrachten Gründe ergeben.

Der Gedanke des naturnothwendigen Vorrückens wird durch die Vorstellung des Grundbuchs und seiner äußeren Einrichtung erzeugt. Dort im Grundbuche erscheinen die Hypotheken wohl geordnet, jede an einem bestimmten Platze, jede mit einer Nummer versehen, wie eine in Parade aufgestellte Soldatenreihe stehen sie da und lassen

wie diese keine Lücke zu: in die entstehende Lücke springt im Moment der Hintermann ein, damit die Symmetrie nicht leide.

Allein man übersieht hierbei, daß die Grundbuchseintragungen nicht identisch mit den Rechten sind, daß in der grundbuchmäßigen Gruppirung der Pfandrechte nach Zahl und Platz nur die verschiedene materielle Kraft der einzelnen Pfandrechte veranschaulicht werden soll. Aber es darf die äußere Form nicht mit dem Wesen der Sache verwechselt werden.

Zahl und Platz und der durch beide gebildete Rang, das sind die drei Begriffe, die die Vorstellung der Gegner gebannt halten. Jedem dieser drei Begriffe wird ein Argument für die Naturnothwendigkeit des Vorrückens entlehnt.

1. Die Zahl. Man sagt: Wenn die erste Hypothek fortfällt, dann ist es selbstverständlich, daß die bisherige zweite Hypothek die erste wird.

Nun gut, dann mag die zweite die erste werden. Aber mit diesem Zahlenspiel ist nichts gewonnen. Gehen wir dem materiellen Inhalt dieser sogenannten zweiten Hypothek, wie er sich nach der hier in Vorschlag gebrachten Vorschrift darstellt, auf den Grund, dann besteht er darin, daß dem Gläubiger B. das Grundstück derart verpfändet werden soll, daß die zweiten 1 000 Mark ihm zufallen sollen. Diesen materiellen Inhalt kann diese Hypothek behalten, ob die Hypothek Nr. 1 noch vorhanden ist oder nicht.

Giebt es keine Hypothek Nr. 1, dann ist eben das Grundstück von jetzt ab mit einer Belastung der Art, daß die ersten 1 000 Mark einem Dritten zufallen, nicht behaftet. Die Vorstellung, daß die Hypothek Nr. 2 nothwendig zur Hypothek Nr. 1 avanciren, und die Kraft und Bedeutung derselben in sich aufnehmen muß, wenn die letztere fortfällt, mag militärisch oder ästhetisch anheimeln, der juristischen Konsequenz ist sie nicht entlehnt.

2. Der Platz. Man sagt: „Der leere locus sei ein Nichts, über welches zu disponiren unmöglich erscheint“ (Motive S. 737). Wie der Grund zu 1 an der Vorstellung der Zahl haftet, haftet dieses Argument an der Vorstellung des Platzes, auf welchem die eingetragene Hypothek im Grundbuche erscheint. Gewiß ist der locus an sich ein leeres Nichts. Das ist gerade oben genugsam betont. Aber es übersehen die Gegner, was die leere Stelle bedeuten soll. Die leere Stelle im Grundbuche bedeutet, daß das Grundstück insoweit nicht belastet ist. Ueber das Grundstück, das insoweit nicht belastet

ist, kann man durch eine neue Belastung insoweit verfügen. Nicht über den locus, sondern über das Grundstück wird verfügt.

3. Der Rang. Zahl und Platz geben der Hypothek den Rang. An dieser äußerlichen Vorstellung des Ranges haftet das dritte Argument: „daß es ein noch ungelöstes Problem sei, wie man sich rechtlich die mit der Verfügung über die Stelle verbundene Trennung des Ranges von der Hypothek und die Uebertragung desselben auf eine andere Hypothek denken soll." (Motive S. 204.) Es ist nicht ersichtlich, warum es problematisch sein soll, einen „Rang von der Hypothek zu trennen". Vielleicht stört auch dies die Symmetrie. Drückt man aber den Vorgang juristisch aus und ohne das Bild vom Range, so besteht er darin, daß das Grundstück von Neuem so belastet wird, daß die ersten 1 000 Mark dem C. zufallen, nachdem dieselbe Belastung, die zu Gunsten des A. bestanden hat, fortgefallen ist. Warum dies nicht möglich oder auch nur problematisch sein soll, ist nicht ersichtlich.

So erscheinen alle Argumente lediglich der äußeren Erscheinung entlehnt, und werden durch Betrachtung des Wesens der Sache widerlegt.

Aber ein viertes Argument wird gemacht, das in der That dem Wesen der Sache entlehnt wird.

Man sagt: das Pfandrecht ergreife das ganze Grundstück, nicht eine einzelne Werthparzelle; daraus ergebe sich das Vorrücken der zweiten Hypothek von selbst, denn auch diese ergreife ja das ganze Grundstück, und sei in ihrer Bethätigung durch die erste nicht mehr behindert, wenn diese fortfällt.

Der Satz selbst oder wenn man will, die Theorie, daß das Pfandrecht das ganze Grundstück ergreift, wird als richtig zugegeben. Aber ihre Bedeutung ist verkannt, wenn man aus ihr das unvermeidliche Vorrücken folgert. Gewiß ergreift die Hypothek das ganze Grundstück. Der Satz bedeutet: daß das ganze Grundstück mit allen seinen Theilen, mit allen An- und Zuwüchsen und allem Zubehör dafür haftet, daß die dem B. gegebene Verpfändungserklärung erfüllt werde, also nach unserer Vorschrift dafür, daß die bei der Verwerthung zu erzielenden zweiten 1000 Mark dem B. zufallen. So präzisirt, hat der Satz das Vorrücken der Nachhypotheken nicht zur Folge.

Es ist also dieses Ergebniß, wie eben gezeigt ist und ausdrücklich betont werden soll, nicht auf irgend welcher Werthsquoten- oder

Werthsparzellentheorie, — wonach dem Pfandgläubiger nur ein Werthstheil haften soll — aufgebaut. Vielmehr wird dem Satze, daß das ganze Grundstück für das Pfand haftet, wie gezeigt, sein volles Recht. Das hier gewonnene Ergebniß beruht vielmehr auf der Präzisirung des Inhalts der Bestellung späterer Hypotheken und dem unverrückbaren Festhalten an der erfolgten Präzisirung.[4])

Kann aber nach diesem Ergebnisse das Vorrücken der Nachhypotheken durch eine positive Vorschrift verhindert werden, so wird die Eigenthümerhypothek überflüssig. Ihre Mission wird dadurch erfüllt, daß der Eigenthümer an der sogenannten „freien Stelle" eine neue Hypothek bestellen kann.

III.

Wie einfach und klar die Verhältnisse sich unter der Herrschaft eines solchen Rechtszustandes gestalten würden, wie widerspruchsvoll und unklar dagegen unter der Herrschaft der Eigenthümerhypothek, das ergiebt im Einzelnen eine vergleichende Betrachtung.

1. Der zahlende Eigenthümer ist nicht zugleich der persönliche Schuldner (§ 1094 des Entwurfs). Das Rechtsbedürfniß erfordert es, dem Eigenthümer die Vortheile dieser Zahlung derart zu Gute kommen zu lassen, daß er sich neuen Kredit mit derselben Sicherheit verschafft.

Das System der Eigenthümerhypothek sucht diesen Zweck dadurch zu erreichen, daß es die Forderung mit der Hypothek auf den zahlenden Eigenthümer übergehen läßt. Der zahlende Eigenthümer hat also durch die Zahlung eine Forderung gegen einen Andern erworben und zur Sicherheit für diese Forderung ist ihm seine eigene Sache verpfändet.

Nach der hier vertheidigten Theorie der freien Stellen geht die bezahlte Forderung auf den Zahlenden über, außerdem wird die Hypothek löschungsreif. Der Eigenthümer ist berechtigt, das Grundstück nunmehr in derselben Weise zu verpfänden, wie es für den eben befriedigten Gläubiger verpfändet war.

---

[4]) In Konsequenz der hier in Vorschlag gebrachten Vorschrift wird der § 1102 des Entwurfs in sein gerades Gegentheil abgeändert werden müssen. Dieser § untersagt die Eintragung einer Hypothek an Stelle einer gelöschten. Nach diesseitigem Vorschlage ist sie gestattet. Das ist ja gerade die praktische Folge gegenwärtiger Ausführungen. Freilich wird ein Verzicht auf die Wiedereintragung zuzulassen sein, dessen Eintragung das Vorrücken der Nachhypotheken bewirken würde, wenn der Gesetzgeber es so bestimmen will.

Will er hierbei nur dinglich verhaftet bleiben, so steht dem nichts entgegen: er cedirt die auf ihn übergegangene persönliche Forderung und verpfändet zur Sicherheit für diese Forderung sein Grundstück mit dem Range der für ihn frei gewordenen Stelle, d. h. in derselben Weise, wie für den eben befriedigten Gläubiger. Das ist einfach und klar, nirgends Kunst und nirgends Widerspruch.

2. Ist der zahlende Eigenthümer zugleich der persönliche Schuldner, dann kann sich der Entwurf gar nicht anders helfen, als daß er die persönliche Forderung untergehen und nur die Hypothek fortbestehen läßt, aber auch diese ohne die Befugniß zur Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

Man bedenke: der Inhalt der Hypothek ist nach dem Entwurf (§§ 1062 und 1075) das zur Sicherung für eine persönliche Forderung eingeräumte Recht auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, und nun fällt fort: 1. die persönliche Forderung, 2. das Recht auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Eine Darlehnshypothek ohne Darlehnsforderung und ohne das Recht auf Zwangsverwerthung!

Würde man das so konstruirte Rechtsgebilde einen Krüppel nennen, so würde man ihm unverdient schmeicheln. Zum Krüppel fehlt ihm Fleisch und Bein, das ist ein an die Wand gemalter Schatten, ein Messer ohne Stiel und Klinge.

Nach dem System der freien Stellen dagegen würde der zahlende Eigenthümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, von seiner Schuld und zugleich von seiner Grundstückshaftung frei geworden und nunmehr in der Lage sein, die Hypothekenforderung auf seinem Grundstücke löschen und eine neue Hypothek an deren Stelle eintragen zu lassen.

Auch in allen übrigen Konstellationen trifft es zu, daß die Theorie der freien Stellen in klarer und juristisch konsequenter Weise die Verhältnisse regelt und dabei dieselben Vortheile gewährt, die die Eigenthümerhypothek in juristischen Schlangenwindungen zu gewähren versucht.

Wollen z. B. die persönlichen Gläubiger die Vortheile der Hypothekenzahlung für sich verwerthen, so mögen sie sich das Recht, die bezahlte Hypothek zu löschen und dafür eine neue eintragen zu lassen, für sich pfänden und sich überweisen lassen. Das ist ein klarer Vorgang und hat denselben Effekt, wie die Beschlagnahme der Eigenthümerhypothek, des Pfandrechts gegen sich selbst.

Auch in den einzigen beiden Fällen, in denen nach den Motiven die freien Stellen nicht die gleichen Vortheile gewähren sollen, wie die Eigenthümerhypothek, trifft dies nicht zu.

Die Motive (S. 835) sagen: „Insoweit leistet mithin die Offenhaltung der Stellen mindestens dasselbe wie die Eigenthümerhypothek. Aber wenn das Kreditbedürfniß nicht sogleich hervortritt oder zunächst vergeblich nach Befriedigung ringt, dann zeigt sich die günstigere Position, welche die Eigenthümerhypothek verbürgt. Die Verfügung über die Stelle geht dem Eigenthümer und dessen Gläubigern verloren, wenn das Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird. Es tritt dann also zu Gunsten der nacheingetragenen Rechte der Erfolg ein, dessen Unbilligkeit gekennzeichnet ist. Wenn dagegen der Eigenthümer freiwillig das Eigenthum an einen andern abtritt, so ermächtigt ihn die offene Stelle nicht, sich wegen des etwaigen Kaufgelderrückstandes mit ihrem Range eine Hypothek vorzubehalten, weil die Verfügung über sie auf den Erwerber des Grundstücks übergeht. Alle diese Dienste leistet die Eigenthümerhypothek."

Allein was zunächst den freiwilligen Verkauf anbetrifft, so haben ja die Kontrahenten es in der Hand, im Kaufvertrage zu bestimmen, daß der Erwerber die Restkaufgelderhypothek an der freien Stelle einträgt, und es braucht ja der Veräußerer, wie das immer geschieht, die Auflassungserklärung nur Zug um Zug mit der Bestellung dieser Hypothek abzugeben.

Eine besondere Sicherung dafür, daß die Restkaufgelder wirklich wie vereinbart eingetragen werden, hat sich bisher niemals als Bedürfniß herausgestellt.

Bei der Zwangsversteigerung aber hat es der Gesetzgeber in der Hand zu bestimmen, wem der Vortheil der freien Stellen verbleiben soll, ob dem Ersteher oder dem Subhastaten bezw. seinen persönlichen Gläubigern. Das Institut um deshalb zu verwerfen, weil an sich ohne besondere Bestimmung die freie Stelle zur Verwerthung für den Subhastaten ungeeignet erscheinen möchte, ist nicht gerechtfertigt.

Auch das sei noch erwähnt, daß, wenn die Eigenthümerhypothek den Vortheil gewährt, daß einer einzelnen der auf dem Grundstücke haftenden Hypotheken der Vorrang vor der Eigenthümerhypothek eingeräumt werden kann, die freien Stellen diesen Vortheil ganz ebenso gewähren. Denn wenn der Eigenthümer das Recht hat, eine Hypothek

mit diesem Range künftig zu bestellen, so kann ihm auch das Recht nicht versagt werden, einer bereits bestehenden Hypothek den Vorrang vor dieser künftig zu bestellenden Hypothek einzuräumen; und es paßt eine solche Rechtsgestaltung durchaus in den Rahmen des Entwurfs, da dieser in § 842 dem Eigenthümer das Recht giebt, einer künftig zu bestellenden Hypothek den Vorrang vor einer entstehenden einzuräumen.

Die zuletzt erwähnte, schon von der früheren Doctrin anerkannte, von dem Entwurf sanktionirte Möglichkeit, einer künftig zu bestellenden Hypothek den Vorrang vor einer entstehenden einzuräumen, steht übrigens mit unserer Grundanschauung im engsten Zusammenhange und ist, wenn man sie weiter ausbaut, geeignet, auch die Eigenthümergrundschuld zu ersetzen. Zwar leugnen die Motive, daß diese Vorschrift mit dem Institut der freien Stellen etwas zu thun habe. Jedoch vergeblich. Denn eine solche Vorrechtseinräumung bedeutet juristisch nichts anderes als:

Dir B. verpfände ich das Grundstück mit der Maßgabe, daß erst die zweiten 1000 Mark Dir zufallen sollen. Das Recht, das Grundstück so zu belasten, daß die ersten 1000 Mark einem Andern zufallen, will ich mir hiermit wahren.

Das deckt sich vollständig mit unseren Anschauungen.

Es ist damit anerkannt, daß eine zweite Hypothek bestehen kann, ohne das eine erste Hypothek besteht; daß das Grundstück so belastet werden kann, daß die zweiten 1000 Mark einem Dritten zufallen, ohne daß es gleichzeitig so belastet ist, daß die ersten 1000 Mark einem Andern zufallen.

Hält man dies fest, dann ist auch die Eigenthümergrundschuld d. h. die Grundschuld, die der Eigenthümer für sich selbst bestellt, um sich gerade diese Stelle zu sichern, überflüssig. Der Eigenthümer erreicht denselben Zweck, wenn er in Abtheilung III unter Nr. 1 sich eine freie Stelle eintragen läßt — wie man diese freie Stelle nennt, ist gleichgültig, vielleicht ist „Vorbehalt" der passende Name —. Dadurch giebt er Jedermann kund und zu wissen, daß er das Grundstück zunächst nicht so belasten will, daß die ersten 1000 Mark einer dritten Person zufallen. Die unter Nr. 2 eingetragene Post hat dann den beschränkten Inhalt, daß die zweiten 1000 Mark einem Dritten zufallen. An der für eine spätere Eintragung vorbehaltenen freien Stelle kann sich dann der Eigenthümer eine Hypothek oder Grundschuld, je nachdem er sich das eine oder das andere, oder beides vorbehalten hat, eintragen lassen.

Durch einen solchen Vorbehalt wird zweierlei erreicht und beides ist wichtig. Einmal verschwindet ein zweiter juristischer Nonsens.

Denn auch die Eigenthümergrundschuld ist ein solcher. Niemand kann sich selbst etwas schuldig sein. Von sich selbst kann der Eigenthümer nichts zu fordern haben, sein eigenes Grundstück kann ihm nicht verhaftet sein.

Der zweite Vortheil liegt darin, daß die freie Stelle wie für eine später eingetragene Grundschuld, so auch für eine später einzutragende Hypothek ein für allemal so gesichert werden kann, daß alle späteren Posten ihr nachgehen. Es wird also das erreicht, wozu die Eigenthümerhypothek für absolut ungeeignet erachtet wird, nämlich zur Offenhaltung für eine künftige Hypothek an einer bisher nicht belasteten Stelle.

Befriedigt hiernach die hier vertretene Theorie der freien Stellen einerseits alle fraglichen Verkehrsbedürfnisse, ja noch mehr als die Eigenthümerhypothek, und entspricht sie gleichzeitig der juristischen Logik, so ist es dringend wünschenswerth, daß das widerspruchsvolle und jeder juristischen Konstruktion spottende Institut der Eigenthümerhypothek endlich aufgegeben werde. Durch ein juristisches Mißgebilde darf man nicht mit Gewalt Verhältnisse regeln wollen, die sich klar und einfach auch anders regeln lassen.

Die elterliche Gewalt und das bürgerliche Gesetzbuch.

Von Rechtsanwalt Dr. Ludwig Fuld in Mainz.

Die Verschiedenheiten in den sittlichen Anschauungen des deutschen und römischen Volkes sind vielleicht bei keinem Theile des bürgerlichen Rechtes so einflußreich und bedeutsam, wie bei der Regelung des zwischen Eltern und Kindern bestehenden Rechtsverhältnisses. Dem römischen Recht ist die Auffassung des deutschen, daß die dem Vater zustehende Gewalt nicht sowohl ein Recht wie eine in die Rechtsform gekleidete Pflicht sei, unbekannt; der pater familias, welcher in seiner Familie mit fast unbeschränkten Befugnissen gegenüber den seiner Gewalt unterworfenen Personen ausgestattet ist, besitzt in der patria potestas ein ihm als römischem Bürger zustehendes Recht, welches keineswegs lediglich als das Gegenstück einer entsprechenden sittlichen Verpflichtung erscheint. Demgemäß ist auch die Stellung der Hauskinder im Verhältniß zu dem Vater nach römischem Rechte eine sehr wenig befriedigende. Wenn auch wegen Mißbrauchs die Entziehung der väterlichen Rechte statthaft ist (Windscheid, Pandekten II, §§ 514, 525) so genügt diese Möglichkeit doch selbstverständlich nicht, um das Kind gegen eine nachtheilige Anwendung der in der Gewalt enthaltenen Befugnisse zu schützen. Die neueren Gesetzbücher haben sich deshalb in dieser Beziehung von dem Vorbilde des römischen Rechtes bald mehr bald minder entfernt und der germanischen Rechtsüberzeugung in größerem oder geringerem Umfange Eingang in ihre Vorschriften verschafft. Am meisten Verwandschaft mit dem römischen Recht weist bezüglich dieses Gegenstandes der code civil auf, dessen dahin gehörige Satzungen längst allgemein als

unzureichend erkannt worden sind. Für die Beurtheilung der Stellung, welche der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich zu der Regelung der elterlichen Gewalt einnimmt, sind die bei Berathung des code im Schooße des Staatsraths gepflogenen Verhandlungen äußerst interessant und es mag um so mehr gestattet sein, derselben mit einem Worte zu gedenken, als auch vom kulturgeschichtlichen Standpunkte die Thatsache Beachtung verdient, daß der erste Consul und spätere Kaiser sich in bemerkenswerther und für den Imperator bezeichnender Weise über die zur Berathung gelangende Frage ausließ.

Bei der Einzelerörterung warf derselbe die Frage auf, ob es nicht angemessen sei, die väterliche Gewalt durch ein besonderes Gesetz zu regeln und meinte, ein solches Gesetz müsse die Verhältnisse des Kindes von der Geburt an ordnen, es müsse sagen, wie man für seine Erziehung, seine Ausbildung zu einem Berufe zu sorgen habe und dgl. Von besonderer Wichtigkeit schien dem ersten Consul der Punkt der Erziehung zu sein, denn er stellte die Frage, ob, wenn der Vater dem Sohne eine schlechte Erziehung gebe, der Großvater befugt sei, ihm eine bessere zu geben. Da die Ansichten der Mitglieder des Staatsrathes hierüber verschieden waren, indem dieselbe theils bejaht, theils verneint wurde, bemerkte Napoleon, daß der Entwurf viele Punkte unentschieden lasse, welche zu entscheiden gleichwohl im Interesse des Staates wichtig sei. So wisse man beispielsweise nicht, ob ein Sohn, der in das Alter der Unterscheidungsfähigkeit eingetreten sei und von seinem Vater keine seinem Vermögen angemessene Erziehung erhalte, eine bessere Erziehung verlangen könne? Der Consul meinte, es sei vielleicht nothwendig, zwischen der Erziehung der Söhne und Töchter zu unterscheiden und der Mutter einige Rechte zu gewähren, wenn die Sitten des Vaters ungeregelt seien. Ein Eingehen auf diese Einzelfragen wurde indessen nicht für angezeigt gehalten, weil man, wie bemerkt, die umfassende Regelung aller der elterlichen Gewalt angehörigen Rechte durch ein Sondergesetz im Auge hatte; dieses Gesetz wurde nicht erlassen, und daher bestehen bezüglich der wichtigsten Einzelfragen dieses Gegenstandes im Gebiete des französischen Rechtes die größten Zweifel, wie beispielsweise darüber, ob eine Entziehung der Rechte der väterlichen Gewalt überhaupt statthaft ist.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich hat sich nun mit Entschiedenheit, unter Anschluß an das

preußische Landrecht, auf den Boden der deutschrechtlichen Auffassung gestellt und durch die Normirung im Einzelnen erkennen lassen, daß ihm die elterliche Gewalt nicht sowohl als Recht, sondern als sittliche Pflicht erscheint. So rückhaltslosen Beifall er dieser grundsätzlichen Anschauung wegen verdient, so müssen doch gegen manche seiner Einzelbestimmungen hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern Bedenken geltend gemacht werden und auf diese aufmerksam zu machen ist der Zweck der folgenden Erörterungen.

Zunächst ist es sehr richtig, wenn der Entwurf nicht von einer väterlichen Gewalt, sondern einer elterlichen spricht; im Gegensatz zu dem römischen Recht hat die deutsche Rechtsanschauung stets daran festgehalten, daß auch die Mutter mit dem Besitze der aus der elterlichen Stellung fließenden Befugnisse zu bekleiden sei. Der Entwurf mußte dieser Anschauung um so mehr Rechnung tragen, als er ja die rechtliche Gleichstellung der Geschlechter im Vergleiche zu dem bisher geltenden Rechte in wichtigen Punkten erweitert hat. Demgemäß ist die Mutter theils neben dem Vater, theils an seiner Stelle Inhaber der elterlichen Gewalt. Unter die letztere Alternative fallen die Fälle, wenn der Vater todt, geschäftsunfähig oder in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (Minderjährigkeit, Entmündigung), in ersterer Beziehung giebt der Entwurf der Mutter die Pflicht und das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, unter Ausschluß des Rechtes zur gesetzlichen Vertretung, läßt jedoch im Falle einer Meinungsverschiedenheit zwischen Vater und Mutter (§ 1500) die Meinung jenes entscheiden; diese Einschränkung ist schwerlich angemessen; mochte immerhin die rechtliche Vertretung des Kindes der Mutter entzogen werden, so lag doch kein Grund vor, nur die Person des Kindes zum Gegenstand ihrer Befugnisse zu machen, nicht aber auch das Vermögen des Kindes; ein Bedürfniß, der Mutter auch in dieser Richtung ein Recht neben dem Vater zu gewähren, ist unzweifelhaft vorhanden, vielleicht sogar noch in höherem Maße, als bezüglich der Fürsorge für die Person des Kindes. Ebensowenig kann dem Vorschlage Beifall gezollt werden, bei Meinungsverschiedenheit die väterliche Ansicht schlechthin als entscheidend anzusehen; dieser Rechtssatz ist noch ein Nachklang zu der früheren Ansicht, welche dem Vater schlechthin den maßgebenden Einfluß gewährte. Es ist kein Grund vorhanden, aus welchem die Ansicht des Vaters die Vermuthung der Richtigkeit, die der Mutter die Wahrscheinlichkeit der Unrichtigkeit für sich hat, das praktische Leben bestätigt diese Annahme nicht. Ver-

mögen sich die Elterntheile nicht zu einigen, so bleibt nichts übrig, als dem Vormundschaftsrichter die Entscheidung anheim zu geben, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß gegen diesen Vorschlag nicht unwichtige Bedenken sich geltend machen lassen.

An Stelle des Vaters ist, wie bemerkt, die Mutter nach dem Tode desselben Inhaber der elterlichen Gewalt, außerdem, wenn die elterliche Gewalt desselben ruht (§§ 1501, 1554); jedoch soll in diesem Falle, sofern es sich nicht um ein Ruhen mit Rücksicht auf die Entmündigung des Vaters wegen Verschwendung oder Auflösung der Ehe handelt, die elterliche Nutznießung an dem Vermögen des Kindes dem Vater verbleiben (§ 1555). Auch diese Einschränkung ist zu beanstanden, sie ist überaus bedenklich und geeignet, das Vermögen des Kindes in höchstem Maße zu gefährden. Der wegen Geistesstörung entmündigte Vater, dem die Fähigkeit, das Vermögen in sachgemäßer Weise zu verwalten, durchaus abgeht, wird nach wie vor im Besitze des Nutznießungsrechtes belassen, mag er auch die Nutznießung in zweckloser Weise verschwenden und vergeuden. Freilich giebt der Entwurf dem Vormundschaftsgerichte die nothwendigen Befugnisse, um hiergegen einzuschreiten, allein bevor der Vormundschaftsrichter vorgehen kann, müssen Thatsachen vorhanden sein, aus welchen die Verletzung der dem Inhaber der elterlichen Gewalt in Ansehung der Nutznießung obliegenden Verpflichtungen zu entnehmen ist (§ 1547). Der Nachtheil für das Vermögen des Kindes, welcher doch verhütet werden soll, wird also in gewissem Umfange schon eingetreten sein, bevor der Richter einschreitet. Andererseits liegt gar kein Bedenken vor, der Mutter auch die elterliche Nutznießung zu gewähren, da ja das Vormundschaftsgericht in der Lage ist, die Bestellung eines Beistandes, Art. 1538 Abs. 1 Ziffer 3, zu verfügen und hierdurch die vermögensrechtlich bedeutsamen Handlungen der Mutter von der etwa als erforderlich erscheinenden Ueberwachung abhängig zu machen. Wenn auch vielleicht zugegeben werden kann, daß die Bewidmung der Mutter mit der elterlichen Nutznießungsbefugniß dem Systeme des Gesetzbuches nicht ganz entspricht, so kann dieser Umstand doch kein Hinderniß sein, die zweifellos vortheilhafte Erweiterung der Rechte der Mutter gut zu heißen, da auch in dieser Beziehung der Gesetzgeber an dem Grundsatze festhalten muß: Salus liberorum summa lex.

Die elterliche Gewalt enthält auch nach dem Entwurfe wie nach den bisherigen Gesetzgebungen die Pflicht und das Recht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen sowie das Recht

der Nutznießung an dem Vermögen desselben (§ 1502). Für die Art und Weise, in welcher dieser Sorge nachzukommen ist, sind die Vorschriften über die Pflichten des Vormundes gegenüber seinem Mündel maßgebend (§ 1503), womit man sich im Allgemeinen auch einverstanden erklären kann. Man wird es auch nur billigen können, wenn der Entwurf es nicht für angemessen erachtete, durch Einzelvorschriften die Ausübung der Sorge für die Person näher zu bestimmen, sondern sich damit begnügte, der Erziehung des Kindes und der Beaufsichtigung desselben besonders Erwähnung zu thun (§ 1504). Das Gesetz kann dem Vater nicht im Einzelnen vorschreiben, in welcher Weise er sich seiner sittlichen Verpflichtung, für die Person seines Kindes Sorge zu tragen, zu entledigen hat, es muß sich auf die Aufstellung einiger allgemeinen Normen beschränken, im Uebrigen aber dem Walten des sittlichen Pflichtbewußtseins freien Spielraum lassen, dabei jedoch der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit gewähren, durch selbständiges Einschreiten der Unterlassung der Pflichterfüllung entgegenzutreten. Wenn der Entwurf bestimmt, daß das Vormundschaftsgericht durch geeignete Zwangsmaßregeln die Ausübung des elterlichen Zuchtrechtes unterstützen soll (1504 Abs. 2) so ist an sich gegen diese Vorschrift nichts zu erinnern, es müßte jedoch zur Vermeidung von Unzuträglichkeiten näheres über die Zwangsmaßregeln bestimmt werden. Ist hierunter die Anordnung einer körperlichen Züchtigung verstanden, oder soll das Vormundschaftsgericht auf Grund dieser Vorschrift zur Einsperrung des Kindes befugt sein, wie dies nach französischem Recht durch Verfügung des Präsidenten des Gerichts erster Instanz geschehen kann? Dem richterlichen Ermessen kann es nicht überlassen werden, ohne ausdrückliche Ermächtigung durch das Gesetz eine Maßregel anzuordnen, welche sich unter Umständen als weitreichender Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt.

Der Entwurf läßt bei der Eheschließung einer unter elterlicher Gewalt stehenden Tochter, die dem Inhaber der elterlichen Gewalt obliegende Fürsorgepflicht für die Person insofern eine Veränderung erleiden, als sie sich dann auf die Vertretung der Tochter in Ansehung der ihre persönlichen Angelegenheiten betreffenden Rechtsgeschäfte und Angelegenheiten beziehen soll; das Gleiche soll der Fall sein, wenn die elterliche Gewalt über eine Ehefrau erlangt wird. Art. 1509. Diese Vorschrift ist die nothwendige Folge des von dem Entwurfe eingenommenen Standpunktes, daß die mit Genehmigung des Inhabers der elterlichen Gewalt erfolgte Eheschließung die elter-

liche Gewalt an sich nicht erlöschen läßt. Es wird weiter unten, wo von den Beendigungsgründen der elterlichen Gewalt die Rede ist, hervorgehoben werden, daß dieser Standpunkt nicht zu billigen ist, vielmehr die Ehe die elterliche Gewalt unter allen Umständen beendigen muß.

Ausführlicher als die Sorge für die Person regelt der Entwurf die Sorge der Eltern für das Vermögen des Kindes, in genauer Anlehnung an die Bestimmungen des Vormundschaftsrechts über die Verwaltung des Mündelvermögens durch den Vormund. Hiernach hat der Inhaber der elterlichen Gewalt in Ansehung der dem Kinde durch Erbfolge, Vermächtniß oder als Pflichttheil zugefallenen Vermögensgegenstände, die von dem Erblasser für die Vermögensverwaltung letztwillig getroffenen Verfügungen zu befolgen; eine Abweichung ist nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und zur Verhütung der Gefährdung des Interesses des Kindes statthaft (1660. Abs. 1). Gleichen Beschränkungen ist die Verwaltung des Kindesvermögens dann unterworfen, wenn dem Kinde durch Rechtsgeschäft unter Lebenden Etwas zugewendet wurde und bei Zuwendung Anordnungen über die Verwaltung desselben durch den Inhaber der elterlichen Gewalt ergangen sind; zu einer Abweichung genügt hier jedoch die Zustimmung des Dritten (1660 Abs. 3). Ohne Zustimmung des Inhabers kann das Kind keinerlei Schenkung vornehmen, ausgenommen die durch sittliche Pflicht oder Anstandspflichten gerechtfertigte (1661). Die nicht zur Bestreitung der laufenden und anderer durch die Vermögens-Verwaltung begründeten Ausgaben nothwendigen Gelder des Kindes muß der Inhaber der elterlichen Gewalt verzinslich anlegen und zwar in sicheren Hypotheken oder Grundschulden an inländischen Grundstücken, in Schuldverschreibungen des Reiches oder eines Bundesstaates, in Schuldverschreibungen, für welche das Reich oder ein Bundesstaat die Zinsbürgschaft übernommen hat, in Schuldverschreibungen, welche von inländischen, kommunalen Körperschaften oder den Kreditanstalten solcher Körperschaften ausgestellt und Seitens der Inhaber kündbar oder einer regelmäßigen Tilgung unterliegen, bei einer inländischen öffentlichen und obrigkeitlich bestätigten Sparkasse, endlich in sonstigen Werthpapieren, welche durch Beschluß des Bundesraths als geeignet zur Anlegung von Mündelgeldern bezeichnet werden.

Hypotheken und Grundschulden sind im Sinne dieser Vorschrift als sicher nur dann zu betrachten, wenn sie bei einem landwirth-

schaftlich benutzten Grundstücke innerhalb der ersten zwei Drittel des Werthes stehen, bei jedem anderen Grundstücke innerhalb der ersten Hälfte desselben (1664). Gelder des Kindes, die nicht in dieser Weise angelegt werden können, sind bei der Reichsbank, bei einer inländischen Staatsbank oder bei einer anderen als Hinterlegungsstelle dienenden Bank anzulegen; aus besonderen Gründen kann jedoch das Vormundschaftsgericht eine andere Art der Geldanlage gestatten (1667). Die verzögerte Anlage der Gelder bewirkt die Haftung des Inhabers der elterlichen Gewalt für den erwachsenden Zinsenverlust (1697).

Die Verwaltung des beweglichen Vermögens des Kindes ist durch diese Vorschriften in zufriedenstellender Weise geordnet worden und sicherlich wird die Beseitigung der bisher bestehenden schrankenlosen Verfügungsbefugniß des Inhabers der elterlichen Gewalt in Ansehung der Anlegung von Geldern des Kindes nur höchst wohlthätig wirken können. Der Entwurf trägt dem Verkehrsleben der Neuzeit und der Bedeutung, welche das nicht aus unbeweglichen Gütern bestehende Vermögen in ihm besitzt, vollkommen Rechnung, wenn er eingehend die Art und Weise der sicheren, verzinslichen Anlegung von Geldern regelt und der Gegensatz zwischen ihm und den älteren Gesetzgebungswerken tritt deutlich hervor, wenn man sich vergegenwärtigt, daß letztere ihre Fürsorge in erster Linie und in gewissem Sinne sogar ausschließlich dem unbeweglichen Vermögen zugewendet haben; diese Bemerkung findet übrigens nicht bloß bei der Regelung der elterlichen Vermögensverwaltung Anwendung. Die Zahl der Anlegungsarten, zwischen welchen der Gewaltinhaber wählen kann, ist eine ziemlich große und man wird nicht behaupten können, daß die ihm gezogenen Schranken zu eng seien. Andererseits muß man es mit Genugthuung anerkennen, daß die Bestimmungen des Entwurfes die Anlegung von Kindesgeldern fast ausschließlich in solchen Werthpapieren vorschreiben, welche von inländischen Kreditnehmern ausgegeben werden; der Kredit des Reiches und der Bundesstaaten wie auch der kommunalen Körperschaften wird hiervon nur günstig berührt werden, da durch die Anlage bedeutender Geldmassen in solchen Papieren die Nachfrage nach ihnen steigt; schon mit Rücksicht hierauf dürfte eine Beseitigung der Bestimmung, welche die Anlage auch in ausländischen Papieren, wenn dieselben seitens des Bundesrathes als hierzu geeignet erklärt werden, gestattet, empfehlenswerth erscheinen. Wenn auch der Bundesrath durch seine Zusammensetzung vollkommen dafür bürgt, daß ein solcher Beschluß nicht gefaßt

wird, wenn nicht das betreffende Papier ein durchaus sicheres ist, so läßt sich doch nicht bestreiten, daß unter Umständen auch politische Erwägungen auf den Entschluß des Bundesrathes von Einfluß sein können. Andererseits ist ein Bedürfniß für die Anlegung in ausländischen Werthpapieren mit nichten vorhanden; die deutschen Schuldverschreibungen genügen, um die Nachfrage zum großen Theile zu befriedigen, und außerdem bietet ja die Beleihung eines Grundstücks mittelst Hypothek oder Grundschuld die Möglichkeit, bei entsprechender Verzinsung Geld sicher anzulegen. Daß die Bestimmung zu einer weiteren Herabsetzung des Zinsfußes führen wird, ist nicht unwahrscheinlich. Es könnte nun die Frage aufgeworfen werden, ob es überhaupt angemessen und zu billigen ist, den Vater, beziehungsweise die Mutter denselben weitgehenden Beschränkungen in der Vermögensverwaltung zu unterwerfen wie den Vormund? Es soll nicht geleugnet werden, daß mit Rücksicht auf die Innigkeit der zwischen Kindern und Eltern bestehenden Beziehungen an sich Manches dafür geltend gemacht werden kann, dem Vater eine freiere Stellung bezüglich der Verwaltung des beweglichen Vermögens des Kindes einzuräumen als dem Vormund. Man darf jedoch nicht übersehen, daß zahllose Thatsachen Jahr aus Jahr ein die Nothwendigkeit überzeugend beweisen, auch den Vater in der freien Verfügungsmacht Beschränkungen zu unterwerfen. Auch abgesehen von denjenigen Fällen, in welchen eine Pflichtwidrigkeit die durchaus unzweckmäßige Vermögensanlage verschuldet, bewirkt nur allzuhäufig die Unerfahrenheit und der Mangel an Geschäftskenntniß, daß die Gelder des Kindes sich beständig vermindern und schließlich ganz verschwinden. Je weniger das Kind in der Lage ist, die Vermögensverwaltung des Gewaltinhabers beaufsichtigen und seinen Willen gegen denjenigen des Vaters oder der Mutter zur Geltung bringen zu können, um so mehr muß sich der Staat veranlaßt sehen, in seinem Interesse durch bindende Vorschriften das Nothwendige bezüglich der angemessenen Anlage verfügbarer Gelder anzuordnen.

Was die Verwaltung des unbeweglichen Vermögens durch den Inhaber der elterlichen Gewalt anlangt, so ist auch hier im Wesentlichen die Beschränkung des Vormundes für die Beschränkung jenes vorbildlich gewesen. Zu einem Rechtsgeschäfte, durch welches ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück veräußert oder belastet oder die Verpflichtung zu einer derartigen Veräußerung oder Belastung begründet wird, bedarf der Gewaltinhaber der Genehmigung des

Vormundschaftsgerichtes; eine Ausnahme bildet jedoch der Fall, in welchem eine Hypothek oder Grundschuld Gegenstand der Veräußerung oder Belastung war (1511, Ziff. 1). Die gleiche Genehmigung ist erforderlich zu einem Rechtsgeschäfte, durch welches ein Anspruch auf Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke oder auf Begründung oder Uebertragung eines Rechtes an einem Grundstücke veräußert oder belastet oder die Verpflichtung zu einer solchen Veräußerung oder Belastung begründet wird; auch hier bildet der Fall, in welchem eine Grundschuld oder Hypothek der Gegenstand des Rechtsgeschäftes ist, eine Ausnahme von der Genehmigung durch den Vormundschaftsrichter. (1511, Ziff. 2). Diese Ausnahmestellung der Hypothek und der Grundschuld erscheint bedenklich; ohne in Abrede stellen zu wollen, daß manche gewichtige Gründe im Interesse des Vermögensverkehrs dafür sprechen, den Gewalthaber bezüglich ihrer von der Genehmigung des Vormundschaftsrichters zu befreien, so ist doch die Hypothek und Grundschuld ein so bedeutsames und in seiner Tragweite so wirkungsvolles Recht, daß es dem Vater ebensowenig wie dem Vormund erlaubt werden sollte, ohne Zustimmung des Vormundschaftsrichters darüber und damit zu verfügen; zum mindesten ist es im Interesse der Sicherheit des Kindes geboten, die Belastung eines dem Kinde gehörigen Grundstückes mittelst Hypothek und Grundschuld von der Genehmigung des Richters abhängig zu machen und es enspricht lediglich dem Grundgedanken, von welchem der Entwurf bei diesem Gegenstande ausgeht, wenn man die Ausnahmestellung von Grundschuld und Hypothek beseitigt.

Des Weiteren hat der Entwurf die Vermögensverwaltung insofern beschränkt, als er zu einer Reihe von Rechtsgeschäften, welche das Kind mit weitreichenden Verbindlichkeiten belasten, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erfordert. Die hierher gehörigen Rechtsgeschäfte betreffen die Veräußerung des Vermögens oder einer Erbschaft des Kindes im Ganzen oder zu einem Bruchtheil, die Belastung oder die Begründung einer Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung desselben, oder eines Theiles, den Abschluß eines Mieth-, Pacht- oder sonstigen Vertrages, durch welchen eine Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen begründet wird, vorausgesetzt, daß das Vertragsverhältniß noch länger als ein Jahr nach Ablauf des zurückgelegten 21. Lebensjahres des Kindes dauern soll, die Eingehung einer Verbindlichkeit aus einer Schuldverschreibung auf Inhaber, aus einem Wechsel oder einer andern mittelst Indossament

übertragbaren Urkunde, die Aufnahme von Geld auf den Kredit des Kindes, die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit, die Ertheilung einer Prokura, den Abschluß eines Vertrages über den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes und die Eingehung eines Gesellschaftsvertrages zum Zwecke des Betriebes eines Erwerbsgeschäftes (1511, Ziff. 3—9). Im Vergleiche mit der Verfügungsmacht des Vormundes, Rechtsgeschäfte für den Mündel abzuschließen, ist die des Inhabers der elterlichen Gewalt eine weitergehende; er ist bezüglich einer Reihe von Rechtsgeschäften, nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsrichters gebunden, welche der Vormund ohne dieselbe nicht vornehmen darf, nämlich eines Vertragsabschlusses über die Auseinandersetzung bezüglich einer Erbschaft (1674 Ziff. 4), eines Vertrages über den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks, Rechts oder Anspruchs, zu deren Veräußerung die vormundschaftsrichterliche Genehmigung erforderlich ist (1674 Ziff. 5), eines Pachtvertrages über ein Landgut oder mehrere zum landwirthschaftlichen Betriebe verbundene Grundstücke oder einen gewerblichen Betrieb (1674 Ziff. 7), eines Vergleichs oder Schiedsvertrages im Werthe von 300 Mark und mehr oder eines Gegenstandes, der in Geld nicht schätzbar ist (1674 Ziff. 8), bezüglich eines Rechtsgeschäfts, durch welches die für einen Anspruch des Kindes bestehende Sicherheit aufgehoben oder gemindert oder die Verpflichtung zu einer solchen Aufhebung oder Minderung begründet wird (1674 Ziff. 9). Der Entwurf hat nun mit gutem Grunde dem Vormund eine unselbständigere Stellung gegeben als dem Inhaber der elterlichen Gewalt und es wäre kaum am Platze, diesem die Vornahme aller derjenigen Rechtsgeschäfte ohne Genehmigung des Vormundschaftsrichters zu untersagen, welche in dem vorstehenden Satze hervorgehoben sind. Allein bezüglich einzelner derselben muß die Abhängigmachung der Vornahme von dieser Genehmigung in hohem Maße als wünschenswerth, als nützlich, vielleicht sogar als nothwendig erachtet werden. Vor Allem sollte der Abschluß eines Vergleichs oder Schiedsvertrages, wenn es sich um einen erheblichen Werth oder einen in Geld nicht schätzbaren Gegenstand handelt, der unbeschränkten Verfügungsmacht des Gewaltinhabers entzogen werden, da hierdurch das Interesse des Kindes in bedenklichem Maße gefährdet werden kann. Die Erfahrung lehrt, daß Vergleiche mit am häufigsten zur Vermögensschädigung bevogteter Personen dienen, die staatliche Behörde muß deshalb die sorgfältigste Prüfung derselben sich vorbehalten und ihre Wirksamkeit von ihrer

Genehmigung abhängig machen. Man braucht freilich nicht jeden Vergleich bei dem es sich um mehr als 300 Mark handelt, der richterlichen Genehmigung zu unterwerfen, es genügt vollkommen, wenn nur solche Vergleiche von der Gutheißung abhängig gemacht werden, deren Werth 1000 Mark übersteigt oder in Geld nicht bestimmbar ist. Aus denselben Gründen empfiehlt es sich aber, auch den Abschluß eines Erbauseinandersetzungs-Vertrages in die Reihe der genehmigungspflichtigen Verträge einzustellen; dringend nothwendig ist es schließlich, die rechtsgeschäftliche Verminderung oder Aufhebung der einem Kinde für einen Anspruch zustehenden Sicherheit, sowie die Begründung einer Verpflichtung zur Aufhebung oder Minderung nicht anders zu behandeln; der Mangel einer gebietenden Vorschrift in dieser Beziehung würde pflichtvergessenen Inhabern der elterlichen Gewalt eine sehr bequeme Handhabe bieten, sich auf Kosten des Vermögens ihrer Kinder Vermögensvortheile zu verschaffen. Schließlich enthält der Entwurf die Bestimmung, daß der Gewaltinhaber ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes ohne Genehmigung des Vormundschaftsrichters nicht beginnen soll (1515). Aus dem Unterschiede der Wortfassung, in welche dieses Gebot im Vergleiche zu den vorgenannten gekleidet ist, muß der Schluß gezogen werden, daß der Charakter desselben nur ein anweisender ist, so daß die Wirksamkeit des Erwerbsgeschäfts durch den Mangel der Genehmigung nicht berührt wird; es wäre zu wünschen, daß dieses „soll" in ein „kann" oder „darf" verwandelt wird, theils aus inneren Gründen, theils um mit dem Inhalte der vorgenannten, einen gleichen Zweck verfolgenden Vorschriften auch die äußere Uebereinstimmung herzustellen. Daß das ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft nichtig, der Vertrag hingegen rechtsunwirksam ist und die Rechtswirksamkeit desselben noch herbeigeführt werden kann (1681), entspricht der natürlichen Sachlage und giebt zu Beanstandungen keinen Anlaß. Noch ist, bezüglich des Umfanges der Vermögensverwaltung zu erwähnen, daß derselben das Vermögen des Kindes seinem ganzen Bestande nach unterliegt, mit Ausnahme der Vermögensstücke, welche dem Kinde im Wege der Erbfolge, des Vermächtnisses oder Pflichttheils oder mittelst Zuwendung unter Lebenden seitens Dritter zugefallen sind, sofern derjenige, von welchem die Zuwendung herrührt, sie ausdrücklich von der Vermögensverwaltung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt ausgeschlossen hat (1510).

Ueber die Bestimmungen, welche der Entwurf rücksichtlich der elterlichen Nutznießung aufgestellt hat, können wir kurz hinweggehen, da dieselben wohl ziemlich einwandsfrei sind und sich eifrigst bemühen, die Interessen des Kindes mit denen des Inhabers der Gewalt zu vereinigen.

Es ist schon bemerkt worden, daß der Entwurf die Aufsichtsgewalt des Gerichtes über die Ausübung der elterlichen Gewalt im Vergleiche zu dem in weiten Gebieten des Reiches geltenden Rechte in erheblichem Maße verstärkt hat, ein Vorgang, der der alten Anschauung des deutschen Rechtes durchaus entspricht. Seit Alters sah das deutsche Recht in dem König, dem Repräsentanten der Staatsgewalt, den Schutzherrn der bevogteten Personen und Gesetzgebungen, welche, wie das Preußische Landrecht, die tiefsittliche Auffassung der deutschen Rechtsüberzeugung gegenüber der römischrechtlichen wieder zur Geltung brachten, haben es nicht unterlassen Bestimmungen aufzunehmen, welche den zuständigen Behörden die Möglichkeit gewähren, die elterliche Gewalt im Interesse der Kinder in weitgreifender Weise zu beschränken. Die neuere Gesetzgebung, die dem Staate das Recht giebt, sittlich entartete Kinder, auch wenn dieselben noch keine strafbare Handlung begangen haben, der elterlichen Erziehungsgewalt zu entziehen und in eigene Erziehung zu nehmen*), befindet sich vollkommen im Einklang mit dieser Auffassung und das Gleiche gilt von der Regelung, welche diese Seite der elterlichen Gewalt in dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches erfahren hat. Hierbei ist nun freilich zu prüfen, ob die Eingriffe in die Rechte der elterlichen Gewalt, welche das Gesetz dem Staate erlaubt, nicht zu weit gehen und nicht das Maß des Zuträglichen und Nothwendigen überschreiten, eine Frage, welche der sorgfältigen Ueberlegung umsomehr bedarf, als es sicherlich weder im Interesse des

*) Preuß. Gesetz v. 13. März 1878, welches allerdings die Statthaftigkeit der Zwangserziehung an die Verübung einer strafbaren Handlung knüpft, im Gegensatz zu den in Baden, Hessen, Hamburg, Oldenburg u. s. w. erlassenen Gesetzen. Vgl. über das Preuß. Gesetz die Erläuterung desselben von Wiedemann (Berlin, 1887), Thümmel, die Unterbringung Strafunmündiger zur Zwangserziehung (Gerichtssaal Bd. 40 S. 41 u. fg.), Fuld, Zwangserziehung verwahrloster Kinder (Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft, herausgegeben von G. Schmoller, Bd. 9 S. 1190 u. fg.) über das hessische Gesetz, Fuld, Zwangserziehung verwahrloster Kinder in Hessen (Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik, herausgegeben von J. Conrad, Bd. 13 S. 326 u. fg.)

Staates noch der Sittlichkeit liegt, die elterliche Gewalt zu einem inhaltsleeren, mark- und kraftlosen Begriff abzuschwächen. Abgesehen von Befugniß des Vormundschaftsrichters in Verhinderung des Inhabers der elterlichen Gewalt an der Fürsorge für die Person und das Vermögen des Kindes Sorge zu tragen (1544), und über die Befolgung der von einem Dritten für die Ausübung der Gewalt gegebenen Anordnungen zu wachen (1545), giebt der Entwurf dem Vormundschaftsgerichte das Recht, sowohl im Interesse des persönlichen Wohles des Kindes wie seines Vermögens gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt einzuschreiten. Was den ersteren Fall anlangt, so wird vorausgesetzt, daß durch Mißbrauch, insbesondere Mißbrauch des Erziehungsrechtes, oder durch Vernachlässigung des geistigen und leiblichen Wohles das Kind bereits gefährdet ist, oder in Folge ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens des Gewaltinhabers in Zukunft gefährdet wird. Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so kann das Kind anderweitig zur Erziehung untergebracht werden, sowohl in einer Familie wie in einer Erziehungsanstalt, es ist auch statthaft, die elterliche Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung zu beseitigen, das Vormundschaftsgericht ist überhaupt in der Lage, jede zur Abwendung der Gefahr erforderliche Maßregel anzuordnen (1546). Diese Bestimmungen greifen in das Recht der Eltern weit, sehr weit ein, sie gehen über die entsprechenden Vorschriften des Preußischen Landrechts und anderer Gesetzgebungen nicht unerheblich hinaus. Daß der Staat auch hierzu berechtigt und verpflichtet ist, kann nur dann bezweifelt werden, wenn man die Aufgabe des Staates in der Verwirklichung des Rechtsschutzes in dem dürren, engen Sinne erblickt, in welchem die Kant'sche Rechtslehre diesen Begriff auffaßt; trägt man aber dem Kultur- und Sittlichkeitszweck unter den Staatszwecken die gebührende Rechnung, so fragt es sich nicht, ob die Vorschläge an sich berechtigt, sondern nur, ob sie der Art gefaßt sind, daß sie die Gefahr eines Mißbrauches, soweit dies überhaupt möglich ist, ausschließen! In dieser Beziehung vermag der Verfasser den Bestimmungen des Entwurfs nicht rückhaltlos beizustimmen. Mit dem Entwurfe ist der Verfasser der Ansicht, daß das elterliche Recht nicht darin besteht, Erziehung und Pflege der Kinder zu verabsäumen und diese zu einer Plage für die Gesellschaft werden zu lassen, sondern in der Pflicht gipfelt, dieselben, soweit die Kraft reicht, zu ordentlichen, tüchtigen Mitgliedern der menschlichen Gesellschaft zu erziehen und der Staat, welcher gegen elterliche Pflichtwidrigkeit oder Unfähigkeit

einschreitet und Pflege und Erziehung der Kinder andern Personen als den an und für sich dazu berufenen anvertraut, erfüllt damit nur seine eigene Pflicht, indem er die Erfüllung der elterlichen Pflicht ergänzt. Wenn der Staat Kinder nach Vollendung des zwölften Lebensjahres strafrechtlich verantwortlich macht, muß er auch darüber wachen, daß denselben eine Erziehung zu Theil wird, die eine solche Verantwortlichkeit rechtfertigt und gegenüber diesem Gesichtspunkte können alle Redensarten von dem heiligen, natürlichen Rechte der Eltern und der Familie keinerlei Beachtung finden. Soll aber die praktische Anwendung dieser Befugniß des Staates nicht zur Willkür in der Hand des Richters werden, soll sie nicht der Gefahr ausgesetzt sein, daß mittelst ihrer die verwerflichsten Zwecke ehrvergessener und haßerfüllter Verwandten verfolgt und erreicht werden, so bedarf es doch wesentlich genauerer Bestimmungen, als sie in den Artikeln 1546 und 1547 des Entwurfs enthalten sind. Vor allem erheben wir die Forderung, daß bestimmte Thatsachen vorliegen, aus welchen das pflichtwidrige Verhalten der Eltern sich ergiebt, ein Umstand, auf den der Entwurf gar kein Gewicht legt, der aber gleichwohl an erster Stelle betont werden muß. Bringt das Gesetz nicht an hervorragender Stelle zum Ausdruck, daß die Pflichtwidrigkeit des Vaters oder der Mutter sich in bestimmten Vorgängen verkörpert haben muß, so ist zu befürchten, daß mancher Vormundschaftsrichter schon die jeder thatsächlichen Begründung entbehrende Behauptung eines Anklägers als genügenden Anlaß zur Verhängung der betreffenden Maßregeln betrachten wird; daß dies nichts weniger als unwahrscheinlich ist, könnte der Verfasser durch einen nicht uninteressanten praktischen Fall belegen! Sodann muß aber an Stelle der allgemeinen Ausdrucksweise des Entwurfes eine Fassung treten, welche dem Richter die Erkenntniß dessen erleichtert was der Gesetzgeber als Verabsäumung der elterlichen Pflicht betrachtet wissen will. Der Mißbrauch des Erziehungsrechtes, worunter man in erster Linie die mißbräuchliche Anwendung und Ueberschreitung der elterlichen Züchtigungsbefugniß zu verstehen hat, ist ein brauchbarer Begriff, dessen Anwendung keine besondern Schwierigkeiten bereiten wird, wenn schon er allerdings einer sehr verschiedenartigen Auslegung fähig ist. Die Vernachlässigung des geistigen und leiblichen Wohles ist dagegen so unbestimmt, daß hierunter die verschiedenartigsten Dinge verstanden werden können; das Preußische Landrecht spricht von der Vorenthaltung der Nahrung und nothwendigsten Körperpflege; diese Ausdrucksweise ist jedenfalls bestimmter, als die Vernachlässigung des

leiblichen Wohles. Noch präziser scheint uns die Fassung des hessischen Gesetzes vom 11. Juni 1887 betreffend die Zwangserziehung verwahrloster Kinder den Umstand, auf welchen es bei dem Eingriff in die elterliche Gewalt ankommt, formulirt zu haben; dasselbe gestattet die Anordnung der Entziehung eines Kindes aus der elterlichen Gewalt, wenn die Eltern in böslicher oder fahrlässiger Weise dem Kinde fortgesetzt die nöthige Nahrung und Pflege entziehen; die einzelnen Bestandtheile dieses Begriffs lassen sich gegebenen Falles ohne besondere Mühe durch bestimmte, thatsächliche Vorgänge feststellen und die Gefährdung des leiblichen Wohles des Kindes ist auch in ihm deutlich zum Ausdruck gebracht. Auch die Gefährdung des geistigen Wohles des Kindes durch Vernachlässigung ist zu unbestimmt ausgedrückt und dasselbe muß von der Besorgung der Gefährdung für die Zukunft in Folge des ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens des Gewaltinhabers gesagt werden. Je vieldeutiger die Begriffe Ehre und Sittlichkeit sind und je mehr die Ansichten darüber auseinandergehen, was unsittlich und ehrlos ist, um so näher liegt die Gefahr, daß die Anwendung einer solchen Vorschrift zu den schwersten Unzuträglichkeiten Anlaß geben kann. Wer wollte die Möglichkeit bestreiten, daß die lebhafte Betheiligung an der sozialdemokratischen Bewegung unter Umständen als „ehrloses Verhalten" betrachtet werden kann, welches die Gefährdung des geistigen Wohles des Kindes besorgen läßt? Hat es der Verfasser doch erlebt, daß die Absetzung eines als Vormund bestellten Rechtsanwalts, welcher allerdings an der sozialdemokratischen Bewegung stark betheiligt war, von einem scharfsinnigen Berufsgenossen um deswillen begehrt wurde, weil dessen Verhalten unter den Begriff der inconduite notoire falle! Und wie steht es erst mit der Anwendung des Begriffes „unsittliches Verhalten". Man sieht ja tagtäglich, daß die Handhabung ähnlicher und verwandter Begriffe auf andern Rechtsgebieten, z. B. dem Strafrecht, Gewerberecht zu den seltsamsten Aus- und Unterlegungen und Widersinnigkeiten führt, da kann doch wahrlich nicht die Rede sein, einem Einzelrichter ohne weitere Direktive die Anwendung solcher Begriffe anzuvertrauen! Das Preußische Recht spricht von der Verleitung zum Bösen oder von der Nichtabhaltung vom Bösen, das hessische Gesetz von der böslichen oder fahrlässigen Versäumung der Elternpflicht in „sonstiger Weise", d. h. abgesehen von der fortgesetzten Entziehung von Nahrung oder Pflege und fortgesetzter schwerer Mißhandlung. Es würde sich vielleicht empfehlen, neben der fortgesetzten Entziehung von Nahrung und Pflege, von

einer Vernachlässigung des Unterrichtes und der geistigen Ausbildung zu sprechen und hieran eine Clausula generalis in der Art anzuschließen, daß man von einer sonstigen Uebertretung der Elternpflicht spricht, durch welche die Gesundheit oder Sittlichkeit des Kindes geschädigt wird. Es ist natürlich nicht leicht, bei dem reichen Inhalte der Elternpflichten eine Fassung zu finden, welche einerseits der Unbestimmtheit entbehrt, andererseits den Richter nicht nöthigt, unthätig zusehen zu müssen, wie ein Kind durch die Vernachlässigung der Erziehungspflichten. dem sittlichen Verfall entgegengeht und es wird sicherlich Mühe kosten, bis eine entsprechende Formel gefunden wird. Die angeführten Bestimmungen des Preußischen Rechtes, die sich ja im Ganzen nicht schlecht bewährt haben, leiden an dem Mangel, daß sie die Deutung nahe legen, als werde unter dem Verleiten zum Bösen beziehungsweise Nichtabhalten vom Bösen eine Handlung in bestimmter Richtung verstanden, während doch die Pflichtvergessenheit sich nicht sowohl in einer bestimmten Einzelhandlung als in einem Allgemeinverhalten kundgiebt und können deshalb kaum als Vorbild empfohlen werden. Es könnte in Frage kommen, ob nicht das Einschreiten des Vormundschaftsrichters von dem Nachweise abhängig zu machen ist, daß durch das bezeichnete Verhalten des Gewalthabers bei Fortdauer der elterlichen Gewalt das Kind an seiner Gesundheit Schaden nehmen oder dem sittlichen Verderben anheim fallen werde. Der Verfasser ist nicht der Meinung, daß die Aufnahme dieses weiteren Erfordernisses eine Verbesserung bedeute. Einmal ist die Führung eines zwingenden Nachweises in dieser Richtung überhaupt sehr schwierig und sodann ist derselbe gar nicht nothwendig, da es ja auf der Hand liegt, daß die fortgesetzte Entziehung der Pflege und Nahrung die Gesundheit des Kindes beeinträchtigen muß.

Was die Maßregeln anlangt, welche der Vormundschaftsrichter unter den genannten Voraussetzungen ergreifen darf, so erwähnt der Entwurf die Unterbringung des Kindes in einer Familie, einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt und die Entziehung der elterlichen Gewalt mit Ausnahme der Nutznießung; die Aufzählung ist jedoch keine begrenzende, sondern nur eine Beispiele gebende; der Richter kann auch andere Maßregeln, welche zur Abwendung der Gefahr geeignet sind, verhängen und es liegt in der Natur der Sache, daß man zunächst mit leichteren, wie der Anordnung einer ständigen Ueberwachung, Auferlegung der Pflicht, das Kind an bestimmten Tagen dem Richter vorzuführen und dergl. vorgehen wird. Gute Gründe sprechen dafür, diesem Gedanken in

dem Gesetze einen besonderen Ausdruck zu geben, wie es auch im höchsten Maße wünschenswerth erscheint, daß das Gesetz den Richter anweist, die Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungs-anstalt nur in Ausnahmefällen zu verfügen. Die regelmäßige Unter-bringung muß in einer geeigneten Familie erfolgen; es handelt sich hier nicht darum, die Vortheile und Nachtheile von Anstalts- und Familienerziehung bei solchen Kindern gegen einander abzuwiegen, welche bereits in Folge der Pflichtvergessenheit der Eltern in einen Zustand sittlicher Verkommenheit gerathen sind; für die Fälle, welche der Entwurf im Auge hat, kann nicht in Zweifel gezogen werden, daß die Erziehung in einer sittlichen Familie die Regel zu bilden hat, dem Kinde darf in Folge der Pflichtwidrigkeit seiner Eltern die Wohlthat des Familienlebens nicht entzogen, vielmehr muß dahin gestrebt werden, ihm dieselbe in vollem Umfange zugänglich zu machen.

Gegen die Entziehung der elterlichen Gewalt, soweit sie sich auf die Person des Kindes erstreckt, ist an sich nichts einzuwenden; wir halten es jedoch für sehr gewagt, die Anordnung dieser einschneidenden und folgenschweren Maßregel dem Vormundschaftsrichter zu über-lassen, der Rechtssicherheit genügt man nur, wenn mit ihr das Land-gericht betraut wird. Der Eingriff in die Elternrechte ist so bedeutungsvoll, daß über ihn nur durch die Berathung und Ent-scheidung mehrerer Richter verfügt werden darf; die Gründe, welche die Gesetzgebung bestimmten, für die Behandlung der Ehesachen die Landgerichte ausschließlich als zuständig zu erklären, erleiden, Mutatis mutandis, auch auf diesen Fall Anwendung und in öffentlichen Interesse muß darauf bestanden werden, daß das Gericht, welches die Entziehung der elterlichen Gewalt ausspricht, dasselbe ist, dem die Entscheidung über familienrechtliche Feststellungen zusteht. Vergl. Art. 1476 des Entwurfes. Wiewohl der Entwurf das Verfahren in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit nicht geregelt, sondern, soweit eine einheitliche Regelung dieses Gegenstandes überhaupt in Aussicht steht, dies einem besonderen Gesetze vorbehalten hat, so ist doch Veranlassung vorhanden, in Anschluß an das Gesagte darauf hinzuweisen, daß das Verfahren, in welchem über die erwähnten Maßregeln entschieden werden soll, die weitgehendsten Bürgschaften gegen jeden möglichen Mißbrauch enthalten muß. Des Einzelnen hierauf einzugehen ist theilweise noch verfrüht, theilweise geschieht dies richtiger an einem anderen Orte, allein soviel darf doch bemerkt werden, daß es nicht genügen kann, wenn der Amtsrichter durch

einen inhaltsleeren Beschluß die Elternrechte beseitigt oder außer Kraft setzt, sondern ein eingehend begründetes Urtheil zu diesem Behufe gefordert werden muß, gegen welches die ordentlichen Rechtsmittel zulässig sind.

Nicht geringer sind die Befugnisse, welche der Entwurf dem Vormundschaftsgerichte bezüglich der Aufsicht über die Vermögensverwaltung des Inhabers der elterlichen Gewalt giebt; auch hier beschränkt der Entwurf den Richter nicht auf bestimmte Maßregeln, sondern überläßt es ihm nach freiem Ermessen, diejenigen anzuordnen, welche erforderlich erscheinen, um die Gefährdung der Rechte des Kindes zu verhüten; als besonders anzuwendende Maßregeln werden genannt die Einreichung eines Verzeichnisses über das der Verwaltung unterstellte Vermögen, Hinterlegung der zu demselben gehörigen Kostbarkeiten, Werthpapiere sammt den Hypothekenbriefen und Grundschuldbriefen, Umschreibung der auf Inhaber lautenden Schuldverschreibungen und Aktien auf den Namen und, sofern dies nicht als genügend erachtet wird, Sicherheitsleistung für das verwaltete Vermögen (1547); werden diese Anordnungen nicht befolgt, so soll das Vormundschaftsgericht befugt sein, die Vermögensverwaltung dem Inhaber überhaupt zu entziehen (1548). Die Voraussetzung zur Verhängung dieser Anordnungen, deren Anwendung durch die den Gemeindewaisenräthen obliegende Verpflichtung, dem Vormundschaftsgerichte in allen Fällen, in welchen Veranlassung zum Einschreiten vorhanden ist, davon Kenntniß zu geben, wesentlich erleichtert wird, bestimmt der Entwurf einerseits durch eine allgemeine Formel, andererseits durch Hervorhebung eines speziellen Falles. Was die letztere Alternative anlangt, so ist dieselbe durch den Vermögensverfall des Gewaltinhabers gegeben, während bezüglich der ersteren der Entwurf sich damit begnügt, von einer Verletzung der bezüglich der Vermögensverwaltung oder der elterlichen Nutznießung dem Gewaltinhaber obliegenden Verpflichtungen zu sprechen. Das Vorhandensein beider Voraussetzungen genügt aber an sich nicht, sondern die Besorgniß muß hinzutreten, daß für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung der Rechte des Kindes zu befürchten ist. Auch hier scheint es behufs Verhütung mißbräuchlicher Anwendung sehr empfehlenswerth, an Stelle der allgemeinen Formel eine präzisere Ausdrucksweise zu setzen; die Verpflichtungen, welche der Gewaltinhaber in Ansehung der Vermögensverwaltung und der elterlichen Nutznießung hat, sind in dem Entwurfe nicht so bestimmt angegeben,

daß der Begriff der Uebertretung derselben nicht sehr vieldeutig wäre; maßgebend für das Einschreiten des Vormundschaftsrichters ist auch nicht sowohl diese Uebertretung als vielmehr die Gefährdung der Rechte des Kindes und es wäre deshalb richtiger auf diesen Umstand das maßgebende Gewicht zu legen und denselben an erster Stelle zu betonen; es würde durchaus genügen, das Einschreiten des Richters davon abhängig zu machen, daß Thatsachen bei dem Gewalthaber vorliegen, welche eine erhebliche Gefährdung der Rechte des Kindes für die Gegenwart oder für die Zukunft besorgen lassen; übrigens muß auch hier bemerkt werden, daß die wichtigsten Bürgschaften gegen ungeeignete Einschränkungen der elterlichen Vermögensverwaltungsbefugniß in einem Verfahren zu suchen sind, das die nothwendigen Kautelen in weitgehendstem Maße besitzt; daß die Beschreitung der Rechtskraft des den Konkurs über das Vermögen des Gewalthabers eröffnenden Beschlusses die Vermögensverwaltung desselben beendigt, entspricht den gegebenen Verhältnissen.

Bezüglich des Aufhörens der elterlichen Gewalt unterscheidet der Entwurf ein Ruhen derselben, eine Beendigung und eine Verwirkung.

Die Verwirkung tritt wegen Unwürdigkeit des Gewalthabers ein, welche sich durch die Verübung einer bestimmten strafbaren Handlung verkörpert. Der Entwurf sieht die Verurtheilung wegen eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens gegen das Kind oder an demselben verübt, zu einer Zuchthaus- oder Gefängnißstrafe von mindestens sechs Monaten als Grund der Verwirkung an (1559). Diese Bestimmung erhält zwar im Vergleiche zu dem mehrfach geltenden Rechte einen unbestreitbaren Fortschritt; kann aber gleichwohl nicht als genügend erachtet werden; die Fälle, in welchen Eltern wegen vorsätzlicher Mißhandlung ihrer Kinder zu einer Gefängnißstrafe von mindestens sechs Monaten verurtheilt werden, gehören bei der bekannten Neigung der deutschen Strafgerichte zur Verhängung mildester Strafen, zu den Seltenheiten und es muß schon eine geradezu Aufsehen erregende Mißhandlung vorliegen, bevor der Richter sich dazu veranlaßt sieht, gegen den derselben schuldigen Vater oder die schuldige Mutter eine sechsmonatliche Gefängnißstrafe auszusprechen; der Entwurf scheint diesen Satz mit Rücksicht auf den Mindeststrafsatz ins Auge gefaßt zu haben, welcher bei der Aburtheilung gewisser Verbrechen gegen die Sittlichkeit unter der Voraussetzung der Annahme mildernder Umstände ausgesprochen werden muß, R.-St.-G.-B. §§ 174, 176; bezüglich der Verwirkung wegen Mißhandlung des Kindes ist der

Satz viel zu hoch und das Gleiche ist zu sagen bezüglich der Verwirkung wegen anderer gegen das Kind und seine Rechtsgüter begangenen vorsätzlichen Vergehen; es ist gewiß nicht zu weit gegangen, wenn man in der Verurtheilung zu zweimonatlicher Gefängnißstrafe eine Voraussetzung für die Verwirkung erblicken zu dürfen sich für befugt hält. An Stelle der im Einzelfalle verhängten Strafe das Maß der in abstracto angedrohten Strafe zu setzen, wie auch in Frage kommen könnte, scheint uns nicht angemessen, da es doch nur darauf ankommt, ob die konkrete strafbare Handlung eine so schwerwiegende Verfehlung gegen die Pflichten der elterlichen Gewalt enthält, daß um ihretwillen die Verwirkung eintreten muß. Auch aus anderen Gründen als der Verübung einer strafbaren Handlung gegen das Kind die Verwirkung eintreten zu lassen, ist ein Bedürfniß nicht vorhanden, nachdem der Entwurf in den im Vorstehenden behandelten Vorschriften der Vormundschaftsbehörde die Möglichkeit zum Einschreiten gegen den Gewalthaber zu Gunsten des Kindes in weitestem Maße gewährt hat. Daß die Verwirkung mit der Rechtskraft des Urtheils von Rechtswegen eintritt und es keiner Nachprüfung des Falles durch das Civilgericht bedarf ist nur zu billigen; aus der Fassung des Entwurfs geht aber nicht hervor, ob das Strafgericht diese Wirkung der Verurtheilung auszusprechen hat, oder das Civilgericht; zur Vermeidung von Zuständigkeitsstreitigkeiten scheint es geboten, durch eine ausdrückliche Bestimmung das Nothwendige hierüber anzuordnen und zwar dürfte es sich empfehlen, den Ausspruch der Wirkung dem Strafgerichte zu übertragen, welches hiervon von Amtswegen dem zuständigen Vormundschaftsgerichte entsprechende Mittheilung zu machen haben wird; eines Antrages auf Aussprechung bedarf es natürlich nicht.

Das Ruhen der elterlichen Gewalt soll solange eintreten, als der Inhaber derselben geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder thatsächlich an der Ausübung derselben verhindert ist und die Nothwendigkeit einer allgemeinen Fürsorge für die Person oder das Vermögen des Kindes sich für voraussichtlich längere Zeit ergiebt (1554); wenn auch die dritte Alternative die Möglichkeit gewährt, von einem Ruhen der elterlichen Gewalt auch dann zu sprechen, wenn der Inhaber zu einer längeren Freiheitsstrafe verurtheilt ist, so sollte doch dieser Fall wegen der einschränkenden Voraussetzung der Alternative ausdrücklich hervorgehoben werden. Die elterliche Gewalt müßte bei jeder Verurtheilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als

drei Monaten ruhen, ohne daß es noch weiter darauf ankommt, ob eine allgemeine Fürsorge dem Vormundschaftsrichter nothwendig erscheint oder nicht. So lange die elterliche Gewalt überhaupt besteht, ist eine solche Fürsorge, wenn auch freilich in verschiedenem Umfange geboten und der der persönlichen Freiheit beraubte Inhaber ist nicht in der Lage, den Pflichten, welche dieselbe mit sich bringt, nachzukommen.

Es wurde schon oben hervorgehoben, daß die elterliche Gewalt, wenn sie in der Person des Vaters ruht, der Mutter zusteht, daß jedoch die Nutznießung dem Vater verbleibt und es ist schon bemerkt worden, daß kein Anlaß vorhanden ist, diesen Vorschlag des Entwurfs als einem sachgemäßen beizutreten, hingegen kann man nur beistimmen, wenn im Falle der Vater wegen Verschwendung entmündigt oder die Ehe aufgelöst ist, diese Beschränkung in der der Mutter zugestandenen elterlichen Gewalt hinwegfällt (1555 Abs. 2).

Daß die elterliche Gewalt über einen Minderjährigen, dessen Familienstand seitens des Vormundschaftsgerichts nicht festzustellen ist, mit Ausnahme der Nutznießung bis zu der Feststellung ruht, entspricht der Unsicherheit, die bezüglich dieser Verhältnisse besteht (1556).

Was die Beendigung der elterlichen Gewalt anlangt, so unterscheidet der Entwurf Endigungsgründe in der Person des Gewalthabers und solche in der Person des Kindes. In der Person des Gewalthabers endet die Gewalt mit seinem Tode, mit seiner Todeserklärung und durch Eingehung einer neuen Ehe seitens der mit der elterlichen Gewalt bewidmeten Mutter (1557, Abs. 1, 1558) in letzterem Falle verbleibt jedoch der Mutter das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes in dem Umfange zu sorgen, in welchem sie neben dem Vater hierzu befugt ist, wobei sie der Vormund des Kindes als Beistand unterstützt (1558). Die Nothwendigkeit, der eine zweite Ehe schließenden Mutter die Gewalt schlechthin zu entziehen, scheint zum mindesten zweifelhaft, das natürliche Recht der Mutter auf die elterliche Gewalt kann durch die Eingehung eines neuen Ehebundes nicht beeinträchtigt oder gar beseitigt werden; befürchtet der Gesetzgeber von demselben, daß die Mutter ihren Pflichten nicht mehr so nachkommen werde, wie es vorher der Fall war, so ist ja dem Vormundschaftsgerichte die gewiß vollauf genügende Befugniß gegeben, jedem Mißbrauche der Gewalt und jeder Pflichtwidrigkeit hindernd entgegen zutreten. Ueberdies wäre es auch ganz unbedenklich, dem Familienrathe die Entscheidung darüber anzuvertrauen, ob die Mutter trotz ihrer abermaligen Eheschließung im Besitze der elterlichen Gewalt

gelassen werden soll; würde der Familienrath die Frage bejahen, so dürfte es sich sehr empfehlen, den zweiten Ehemann zum Vormund des Kindes zu bestellen. Die Regelung, welche der Entwurf vorschlägt, führt nur allzuleicht zu ärgerlichen Zwistigkeiten zwischen Mutter und Vormund, welche dem Wohle des Kindes nachtheilig sind.

In der Person des Kindes soll die elterliche Gewalt nur enden durch seinen Tod, die Annahme an Kindesstatt und die Erreichung des Alters der Volljährigkeit (1557). Der erreichten Volljährigkeit steht in dieser Beziehung die Volljährigkeitserklärung vollkommen gleich (26, 27), welche jedoch nur unter Zustimmung des derzeitigen Inhabers der elterlichen Gewalt erfolgen kann.*)

Die elterliche Gewalt soll im Gegensatz zu dem französischen Recht (code civil Art. 476) durch die Heirath des Kindes nicht endigen. In den Erörterungen zu § 27 haben die Motive zu rechtfertigen gesucht, weshalb der Entwurf die Aufnahme des Satzes, daß Heirath mündig macht, abgelehnt habe. Es wird dort ausgeführt, ein Blick in das tägliche Leben zeige, daß für die Einwilligung zur Eheschließung, vor allem bei Frauen, ganz andere Motive maßgebend seien als die Erwägung, ob der Minderjährige zur selbständigen Bewegung im bürgerlichen Verkehr befähigt sei. Anderseits sei es doch wenig zweckentsprechend, während man die Volljährigkeitserklärung in die Hand der Obrigkeit lege und von gewichtigen Voraussetzungen abhängig mache, es dem freien Ermessen des gesetzlichen Vertreters zu überlassen, ob er die stillschweigende Mündigmachung durch Zustimmung zu der Eheschließung herbeiführen wolle. Der Gesetzgeber habe die Pflicht, die Gefahren verfrühter Selbständigkeit, welche im Leben

*) Vgl. Mot. I. zu § 27: „Die elterliche Gewalt ist zwar keine einseitige Herrschaft, sondern ein gegenseitige Rechte und Pflichten begründendes Schutzverhältniß, aber die Eltern haben während der Minderjährigkeit des Kindes ein Recht auf diese Gewalt. Die Gewalt kann ihnen entzogen oder geschmälert werden, wenn sie die ihnen obliegenden Pflichten nicht erfüllen. Es wäre aber nicht gerechtfertigt, ihnen die Gewalt gegen ihren Willen zu dem Zwecke zu entziehen, um dem Kinde während der Jahre der Minderjährigkeit ausnahmsweise eine selbstständige Stellung zu verschaffen. Eine derartige Bestimmung würde die in dem natürlichen Verhältnisse wurzelnde, dem deutschen Bewußtsein entsprechende Autorität der Eltern schädigen und den Schutz abschwächen, welcher dieser Autorität im Interesse eines geordneten und gesunden Familienlebens gebührt. Das Zustimmungsrecht ist aber nicht gegeben zum Schutze lediglich eigennütziger Interessen der Eltern. Deshalb soll es nicht zustehen einem Elterntheile, dessen elterliche Gewalt auf die Nutznießung beschränkt ist.“

die Uebermacht hätten, nicht zu übersehen und je gesunder die Verhältnisse einer Ehe seien, um so weniger werde sich die Geltendmachung einer fremden Fürsorge für die Frau in unangenehmer Weise geltend machen. Dürfte auch darauf vertraut werden, daß in der Regel der Mann die Interessen der Frau wahren werde, so verdienten doch auch die Fälle, in welchen dies nicht der Fall sei, Berücksichtigung Wenn nun auch der Entwurf im Art. 1509 bestimmt, daß der Inhaber der elterlichen Gewalt über eine Ehefrau nur das Recht haben soll, für die gesetzliche Vertretung derselben in Ansehung der ihre persönlichen Angelegenheiten betreffenden Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten zu sorgen, so muß es gleichwohl als unzweckmäßig erachtet werden, die Ehefrau einer andern Gewalt zu unterwerfen als der des Mannes. Man kann das Gewicht der von den Motiven geltend gemachten Gründe zugeben und trotzdem zu der Ansicht kommen, daß es mit dem Wesen der Ehe und der Stellung, welche die Ehegatten zu einander und gegenüber Dritten einnehmen und einnehmen müssen, unvereinbar ist, sie in wichtigen Beziehungen einer fremden Gewalt zu unterwerfen, man kann anerkennen, daß es sich bei dem minderjährigen Ehemanne in der Regel nur um eine kurze Spanne wirthschaftlicher Unselbständigkeit handelt, der in vielen Fällen durch vorhergehende oder nachfolgende Volljährigkeitserklärung abgeholfen zu werden vermag und gleichwohl zu dem Ergebniß gelangen, daß diese Unselbständigkeit, diese Abhängigkeit von einem fremden Willen mit seiner Stellung durchaus nicht übereinstimmt. Der Grund der stillschweigenden Gewaltentlassung bei der Eheschließung liegt, wie Laurent sehr richtig hervorgehoben hat, in der Natur der Ehe; dem Ehemanne steht die eheliche und die väterliche Gewalt zu; der Hausfrau ist das Recht verliehen, den Haushalt zu leiten, die darauf bezüglichen Geschäfte vorzunehmen und ihre Kinder zu erziehen. Beide Stellungen bedingen aber eine Unabhängigkeit und Freiheit des Handelns, welche sich mit der abhängigen Lage, in welcher sich der nicht emanzipirte Minderjährige befindet, nicht in Einklang bringen lassen.*)

Die Ehe begründet eine sittliche, geistig-leibliche Lebensgemeinschaft zwischen den Ehegatten, sie hat die innigste Gemeinschaft zwischen denselben, ein wahres consortium omnis vitae zum Gegenstande, in welches kein fremder Wille bevormundend eingreifen darf. Anerkennt

---

*) Principes du droit civil, Band 5, Nr. 192 und 195.

der Gesetzgeber gleichwohl die Geltendmachung eines fremden, bevormundenden Willens als gerechtfertigt, so schädigt er die Innigkeit des gemeinschaftlichen Lebens in nachhaltiger Weise, so giebt er nicht nur zu höchst widerlichen Einmischungen Dritter, sondern auch zu einer gewissen Entfremdung der Ehegatten Anlaß, welche unter Umständen von weittragenden Folgen sein kann. Der Ehemann soll das Haupt der Familie sein, seine Entscheidung soll im Falle der Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und seiner Frau gegenüber dieser die Uebermacht haben und gleichwohl will man ihn noch einer anderen Gewalt unterwerfen, die nicht nur bezüglich seiner Vermögensrechte, sondern auch in Ansehung seiner Person ihren Einfluß geltend machen kann. Das Ansehen, welches der Ehemann als Familienhaupt genießt, und genießen muß wird hierdurch angetastet und schwer erschüttert. Noch weit bedenklicher ist es aber, daß das Gesetz mittelbar ein Mißtrauen in der Frau erweckt und sie daran gewöhnt, sich zu ihrem Schutze an eine andere Person als denjenigen zu wenden, welchem doch die Rechtsordnung nicht minder wie die Sittenlehre die besondere Fürsorge für sie überträgt. Um diese Klippe kommen auch die Ausführungen der Motive nicht herum, daß es ja nach Art. 1637 möglich sei, der eines Vormundes bedürftigen Frau den Ehemann als Vormund zu geben. Denn diese Bestimmung greift nur dann Platz, wenn die Ehefrau nicht unter elterlicher, sondern unter vormundschaftlicher Gewalt steht, während die nachtheiligen Wirkungen der Einmischungen eines bevormundenden Willens auf das eheliche Verhältniß doch ganz dieselben sind, mag derselbe von einem Vormund oder dem Vater der Frau ausgeübt werden. Die Begründung des Entwurfs anerkennt das Berechtigte in der Geltendmachung dieser Erwägungen unter dem Gesichtspunkte der idealen Auffassung der ehelichen Gemeinschaft, glaubt aber dagegen die Rücksichten anführen zu müssen, welche den thatsächlichen Verhältnissen zu schulden sind. Sicherlich soll den Rechten der Ehefrau im vollsten Maße Genüge geschehen, allein es kann nicht zugegeben werden, daß die Anerkennung der Eheschließung als Beendigungsgrundes der elterlichen Gewalt zu einer Gefährdung der Vermögensinteressen der Frau führt. Der Gesetzgebungen, welche bisher schon diesen Grundsatz angenommen hatten, sind nicht wenige und es ist nicht bewiesen, daß in den Gebieten derselben Unzuträglichkeiten in einem Umfange sich entwickelt hätten, welche es angezeigt erscheinen ließen, zu dem entgegengesetzen System überzugehen. Kann sich aber

der Gesetzgeber nicht dazu entschließen, die Eheschließung bezüglich der elterlichen Gewalt schlechthin der erreichten Volljährigkeit und der Volljährigkeitserklärung gleichzustellen, so wäre es vielleicht besser, die Ehemündigkeit des männlichen Geschlechtes mit dem Alter der Volljährigkeit zusammen fallen zu lassen; auch die Ehemündigkeit des weiblichen Geschlechts auf das einundzwanzigste Lebensjahr festzusetzen, ist schwerwiegender wirthschaftlicher, sittlicher und gesellschaftlicher Gründe wegen nicht gut möglich; hingegen wäre es vielleicht ausführbar für die Ehefrau die Volljährigkeitserklärung auch auf Antrag des Ehemannes zu gestatten, sofern das Vormundschaftsgericht sich davon überzeugt, daß die Maßregel dem Wohle der Minderjährigen nicht nachtheilig ist. Hierdurch würde nicht nur den Bedürfnissen des Lebens soweit nur irgend nothwendig Rechnung getragen, sondern auch eine Regelung erzielt werden, welche das Wesen der Ehe und die Stellung der Ehegatten nicht antastet und von den schweren Bedenken frei ist, die man nicht etwa bloß unter dem Gesichtspunkte der Rechtsphilosophie und des Idealismus, sondern ganz besonders von dem des praktischen Lebens gegen die Vorschläge des Entwurfes erheben muß. Der Gesetzgeber kann den Zusammenhang, der zwischen den auf die Ordnung der Familienrechtsverhältnisse bezüglichen Bestimmungen und den sittlichen Anschauungen der Gesammtheit herrscht, nicht übersehen, und der ganze Inhalt des Entwurfs zeigt, daß die Reichsgesetzgebung bemüht ist, demselben, soweit er überhaupt Beachtung verdient, Rechnung zu tragen. Auch um deswillen muß es aber zum Mindesten als nicht unbedenklich bezeichnet werden, die elterliche Gewalt im Widerspruche mit den in einem großen Theile des deutschen Reiches herrschenden sittlichen Ueberzeugungen trotz der Eheschließung fortdauern zu lassen; wo, wie in den Reichslanden, Rheinhessen, in Württemberg und Bayern die entgegengesetzte Ordnung seit langer Zeit Rechtens ist und sich vollständig in die Denkweise der Bevölkerung eingelebt hat, wird ein Bruch mit derselben, der nicht durch bisher zum Vorschein gekommene Uebelstände als gerechtfertigt erscheint, nicht auf das Verständniß der Bevölkerung rechnen dürfen. —

Im Vorstehenden haben wir gegen die Fassung der auf die Regelung der elterlichen Gewalt bezüglichen Vorschriften des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs mehrfache Ausstellungen erhoben und auf verschiedene Punkte aufmerksam gemacht, in welchen dieselben nicht tadel- oder einwandfrei sind. Diese Bemängelungen beziehen

sich jedoch nicht auf die Grundsätze, von welchen die Ordnung des ganzen Gegenstandes beherrscht wird. Was diese anlangt, so sind sie des vorbehaltlosen Beifalles würdig, sie kennzeichnen sich durch den Gedanken, daß es die Pflicht des Staates ist, sich die Beschützung der Personen, welche sich selbst zu schützen außer Stande sind, ganz besonders angelegen sein zu lassen und mit aufmerksamem Auge die Art und Weise zu verfolgen, in welcher sich die mit der Erziehung und Fürsorge jener Betrauten ihrer Aufgabe entledigen, ein Gedanke, welcher der Gesetzgebung unserer Zeit vertraut ist wie kaum ein anderer. „Wenn es unbestritten die Aufgabe und Pflicht des Staates ist, nicht bloß die der Erfüllung seines Zwecks sich entgegenstellenden Erscheinungen zu beseitigen, sondern der Möglichkeit des weiteren Entstehens solcher Erscheinungen mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln entgegenzutreten, so macht sich diese Pflicht namentlich geltend in Bezug auf die Faktoren, von denen Leben und Gesundheit, die normale körperliche, geistige und sittliche Entwickelung der jungen Staatsbürger abhängt.“ Diese einer Denkschrift des Preußischen Unterrichtsministeriums entlehnten Worte müssen auch der bürgerlichen Gesetzgebung, welche die elterliche Gewalt zum Gegenstand hat, als maßgebend vorschweben und nach dem Vorstehenden bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß der Entwurf des neuen Gesetzbuchs voll und ganz die Anschauung theilt, von welcher dieselben getragen sind. —

Unsere Vorschläge gehen also dahin:

1. In § 1504, Abs. 1 wären die von dem Vormundschaftsgerichte anzuwendenden Zuchtmittel näher zu bestimmen.

2. § 1506, Abs. 2 wäre dahin zu formuliren: „Im Falle einer Verschiedenheit der Meinungen zwischen dem Vater und der Mutter entscheidet das Vormundschaftsgericht.“

3. § 1509 wäre zu streichen.

4. In § 1511, Ziffer 1 und 2 wäre der letze Satz zu streichen.

5. Für § 1546 wird folgende Fassung vorgeschlagen: „Wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt durch Mißbrauch des Rechtes, für die Person des Kindes zu sorgen, insbesondere durch fortgesetzte, bösliche oder fahrlässige Entziehung der nöthigen Nahrung oder Pflege das körperliche oder sittliche Wohl desselben gefährdet oder sonst in böslicher oder fahrlässiger Weise seinen Pflege- oder Erziehungspflichten zuwiderhandelt oder dieselben verabsäumt, so hat das Vormundschaftsgericht, sofern dieses Verhalten durch Thatsachen

bekundet wird, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen. — Sofern das Interesse des Kindes erfordert, kann das Vormundschaftsgericht auch die elterliche Gewalt entziehen."

6. § 1554, S. 2 wäre zu formuliren: „Ein solches Ruhen der elterlichen Gewalt tritt auch dann ein, wenn der Inhaber eine Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten verbüßt, sowie in jedem andern Falle, wenn . . . ."

7. Zu § 1555 Satz schlagen wir vor die Worte „mit Ausnahme" bis „Mutter" zu streichen.

8. § 1557, Abs. 1 wäre zu formuliren: „Die elterliche Gewalt über das Kind wird, außer durch den Tod, durch die Volljährigkeit und Verheirathung des Kindes beendigt."

9. Zu § 1559, Abs. 1 wird vorgeschlagen an Stelle der Worte: „einer Gefängnißstrafe von sechsmonatiger" die Worte zu setzen: „einer Gefängnißstrafe von dreimonatiger."

Die Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters.

Von Rechtsanwalt Dr. jur. Karl Linckelmann II. in Hannover.

Nach dem Entwurfe sind im Verhältnisse zur Mutter die unehelichen Kinder den ehelichen Kindern grundsätzlich gleichgestellt. Zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Abkömmlingen einer- und der Mutter des Kindes und deren Verwandten andererseits bestehen die Rechte und Pflichten der Verwandtschaft; das uneheliche Kind erhält den Familiennamen der Mutter. Nur ein wichtiger Unterschied ist zum Ausdrucke gelangt: der Mutter fehlt das Recht der elterlichen Gewalt. Dieser Unterschied hat zur Folge, daß dem unehelichen Kinde während der Dauer der Minderjährigkeit ein Vormund zu bestellen ist.

Auch in dem Verhältnisse zum Vater ist eine verwandtschaftliche Beziehung anerkannt. Die Wirkung dieser Beziehung beschränkt sich aber lediglich darauf, daß der Vater eines unehelichen Kindes verpflichtet ist, dem Kinde bis zur Zurücklegung des 14. Lebensjahres den nothwendigen Unterhalt zu gewähren. Und zwar soll diese auch die Erben des Vaters bindende Verpflichtung erfüllt werden in der Form einer terminlichen im voraus fälligen Geldrente, die nur durch einen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes unterworfenen Vertrag, insbesondere Vergleich, abgelöst werden kann. Auf Gewährung des nothdürftigen Unterhaltes haftet der Vater eines unehelichen Kindes vor der Mutter.

Die Ermittelung der Vaterschaft erfolgt nicht nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen, sondern auf Grund einer gesetzlichen Vermuthung. Als Vater des unehelichen Kindes gilt nämlich Derjenige, welcher mit der Mutter desselben während der Empfängnißzeit den

Beischlaf vollzogen hat, es sei denn, daß innerhalb dieser Zeit auch von einem Anderen der Beischlaf mit der Mutter vollzogen ist. Die Empfängnißzeit liegt der Regel nach zwischen dem einhunderteinundachtzigsten und dreihundertsten Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes.

Die Ermittelung der Vaterschaft erfolgt nur auf Grund jener Vermuthung. Versagt dieselbe, weil nachgewiesen ist, daß die Mutter innerhalb der Empfängnißzeit auch mit einem Anderen geschlechtlich verkehrt hat, so bleibt nicht etwa dem Kinde der Gegenbeweis vorbehalten, daß der in Anspruch Genommene doch der Vater ist. In diesem Falle erachtet der Entwurf die Möglichkeit, den Vater zu ermitteln, als ausgeschlossen. Uneheliche Kinder, deren Mutter nachweisbar während der Empfängnißzeit mit mehreren Männern den Beischlaf vollzogen hat, sind vaterlose Kinder.

I.

Im alten Rom ist der erlaubte geschlechtliche Verkehr eingeengt in die strenge Form der Manusehe. Dessenungeachtet trifft der sittliche Makel, den die öffentliche Meinung mit dem außerehelichen Geschlechtsverkehre verband, die unehelichen Kinder nicht mit unerbittlicher Härte. Uneheliche Kinder sind zwar ohne Vater; die Mutter ist ihnen aber nicht versagt. Auch steht ihnen offen der Zugang zu dem ordo decurionum und den übrigen Ehrenstellen.

Das Bedürfniß der wirklichen Lebensverhältnisse sprengt im Verlaufe der weiteren Entwicklung die Fesseln der alten Ehe und erzeugt neben ihr den Konkubinat. Es entsprach nur dem natürlichen Drucke dieser Entwicklung, wenn den aus dem Konkubinate, einer erlaubten Verbindung, stammenden Kindern familienrechtliche Beziehungen auch zum Vater eingeräumt wurden. Mit Bezug auf andere außer der Ehe geborene Kinder bleibt dagegen der alte Rechtszustand unverändert derselbe.

Von den germanischen Volksstämmen werden die unehelichen Kinder bis in die Zeit des Sachsenspiegels hinein als rechtlos angesehen. Man nennt sie Königskinder, weil ein besonderer Schutz des Königs neben dem allgemeinen Staatsschutze als erforderlich betrachtet wurde; ihr Erbe fällt an den Fiskus (Bastardfall). Uneheliche Kinder — abgesehen von den liberi naturales der Longobarden — haben nach germanischer Auffassung nicht nur keinen Vater, sondern nicht einmal eine Mutter. Man glaubt ihnen noch eine be-

sondere Gunst zu erweisen, wenn man sie nicht vollständig auf eine Stufe stellt mit dem Dieb und dem Räuber. (Sachsenspiegel I Art. 50 § 2). Welch' herbe Rückwirkung diese ihre Recht- oder Echtlosigkeit auf die wirthschaftliche und sociale Lage der unehelichen Kinder ausgeübt hat, ergiebt sich mit besonderem Gewichte aus dem Umstande, daß ihnen fast überall in Deutschland der Eintritt in die Zünfte und in die öffentlichen Aemter versagt war.

Die öffentlich-rechtliche Ungleichheit der unehelichen Kinder ist wohl von Grund aus erst durch die revolutionären Umwälzungen des vorigen und des gegenwärtigen Jahrhunderts beseitigt worden. Weit früher aber begann sich ihre familienrechtliche Stellung zu heben.

Schon die Aufnahme des römischen Rechtes brachte ihnen die Mutter und den Schutz der mütterlichen Familie. Doch ungenügend erschien dieser Schutz dem fortschreitenden Rechtsbewußtsein. Woher nun und in welchem Augenblicke gerade den unehelichen Kindern der Vater geworden ist, wissen wir nicht. Namentlich kann es dahin gestellt bleiben, ob die gewohnheitsrechtliche Bildung aus dem 17. und 18. Jahrhundert, welche zum ersten Male in Deutschland den Mann für die Folgen einer außerehelichen Schwängerung wirthschaftlich verantwortlich machte, sich angeschlossen hat an c. 5 X de eo qui duxit in matr. 4. 7. Nur müßten Diejenigen, welche der Meinung sind, daß dieses geschehen ist, jetzt rundweg erklären: nach gemeinem Recht besteht eine Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters nicht. Denn neuerdings wird ja fast allgemein angenommen, daß die angezogene Gesetzesstelle den in sie hineingelegten Inhalt in Wahrheit nicht hat; das besprochene Gewohnheitsrecht wäre also in Folge irrthümlicher Auslegung einer Gesetzesstelle entstanden und daher kraftlos.

Langjährigen Ringens hat es bedurft, um die Unterhaltungspflicht des unehelichen Schwängerers zur unverfälschten Anerkennung zu bringen. Zwar darin, daß sie bestand, bildete sich bald allseitige Uebereinstimmung. Noch bis auf den heutigen Tag ist aber nicht abgeschlossen der Streit um den Rechtsgrund, der sie erzeugt. Der Annahme, nach welcher die Vaterschaft die rechtliche Grundlage bildet, stand die Auffassung derjenigen gegenüber, die in dem außerehelichen Erzeugungsakte ein Delikt erblickten. Erst der wissenschaftlichen Aufklärung unseres Jahrhunderts ist es vorbehalten gewesen, diesen für die ganze Rechtsstellung der Kinder so verhängnißvollen Irrthum zu

beseitigen. Allerdings spukt dieser Irrthum, wenn auch in verblaßter Gestalt, noch heut zu Tage weiter in derjenigen Meinung, nach welcher „die Thatsache des außerehelichen Erzeugungsaktes" als Rechtsgrund genügen soll. Als weitaus überwiegende Ansicht muß aber für das gegenwärtige Recht die Vaterschaftstheorie bezeichnet werden.

Diejenigen Gebiete, deren geltendes Recht an diese deutschrechtliche Entwicklung angeknüpft hat, sind weit davon entfernt, ein in allen Beziehungen übereinstimmendes Recht zu besitzen. Wenn man jedoch von unwesentlichen Einzelheiten absieht, so läßt sich ihre Verschiedenartigkeit auf einen einzigen Gegensatz zurückführen. Sie trennen sich nämlich, je nachdem in ihnen das Bestreben vorherrscht, nur den wirklichen oder schon den möglichen Vater verantwortlich zu machen. Da, wo nur der wirkliche Vater haften soll, wird dem Beklagten als Mittel zur Abwehr gewöhnlich die exceptio plurium concumbentium zur Verfügung gestellt, während die entgegengesetzte Anschauung in den meisten Gebieten praktisch wenigstens zu einer Gesammthaft aller derjenigen Personen geführt hat, welche innerhalb der Empfängnißzeit mit der Mutter den Beischlaf vollzogen haben.

Diese letztere Art der Haftung entspricht dem gemeinrechtlichen Standpunkte, gilt aber kraft partikularrechtlicher Satzung insbesondere auch in Bayern rechts des Rheins [1]), Königreich Sachsen, den beiden Mecklenburg und den thüringischen Staaten.

Beschränkt dagegen ist die Haftung in dem Geltungsgebiete des preußischen Gesetzes vom 24. April 1854, also in denjenigen preußischen Provinzen, in welche das Allgemeine preußische Landrecht Eingang gefunden hat, sowie außerdem noch in dem ehemaligen Gebiete des Kurfürstenthums Hessen, in Württemberg, Baden und Schaumburg-Lippe. Daß das erwähnte preußische Gesetz neben der exc. plur. conc. noch anderweite Einwendungen, wie beispielsweise liederlichen Lebenswandel der Mutter, für statthaft erklärt hat, mag hier nur angedeutet werden.

Abseits von der allgemeinen deutschen Rechtsentwickelung stehen die Länder, in denen der Code Napoléon das geltende Recht bildet,

---

[1]) In Bayern ist es streitig, ob eine Gesammthaft besteht; nach der entgegengesetzten Anschauung haften die mehreren Konkumbenten zunächst nur pro rata und nur subsidiär für den Antheil der Anderen. Die letztere Anschauung hat in Coburg die gesetzliche Anerkennung gefunden.

also die preußische Rheinprovinz, die rheinbayersche Pfalz und Elsaß-Lothringen, außerdem das Großherzogthum Hessen, dagegen nicht mehr Baden.

Das altfranzösische Recht, welches in dem Satze „L'enfant naturel n'a point de famille“ vollständig mit dem altdeutschen Recht übereinstimmt, hatte längst vor der großen Revolution dem Gedanken Platz gemacht, daß eine Verantwortlichkeit der Eltern, namentlich des Vaters, für die Unterhaltung des Kindes nicht entbehrt werden könne. Der Art. 340 des Code „la recherche de la paternité est interdite“ hat der Weiterentwickelung dieses Gedankens einen festen Riegel vorgeschoben, nicht weil dieser Gedanke inhaltlich schlecht gewesen wäre, sondern weil er — wie man bei der Berathung des Code wohl mit Recht annahm — in der praktischen Anwendung zu den schreiendsten Ungerechtigkeiten geführt hatte. Der Art. 340 ist anscheinend aus dem Mangel angemessener Beweisgrundsätze entstanden, der die ordnungsmäßige Anwendung des früheren Rechtes in Frage gestellt hatte.

Die Rundschau über das in Deutschland geltende Recht hat uns gezeigt, daß die Haftung des außerunehelichen Vaters anerkannt ist für ein Rechtsgebiet mit annähernd 40 000 000 Einwohner, von denen allerdings etwa 22 000 000 auf die beschränktere Form der preußisch-rechtlichen Haftung entfallen. 7 000 000 Einwohner ungefähr leben nach dem Grundsatz des Code civil.

Dieselbe Mannigfaltigkeit, die die gesetzliche Regelung unserer Frage in Deutschland kennzeichnet, wiederholt sich, wenn wir den Gesetzgebungen des Auslandes unsere Aufmerksamkeit zuwenden. Ein näheres Eingehen auf diese Gesetzgebungen verbietet der Raum, der uns zur Verfügung steht; wir müssen uns damit begnügen, auf die Mittheilungen Neubauers in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. III S. 321 flg., IV S. 362 flg. zu verweisen. Zur Orientirung nur sei uns noch der Hinweis gestattet, daß Oesterreich, der größere Theil der Schweiz, England und dem englischen Recht folgend viele nordamerikanische Staaten, ferner Schottland, Schweden und Spanien das Prinzip der Haftung des außerunehelichen Vaters aufgenommen haben, während die Niederlande, einige Kantone der Schweiz und Italien, letzteres jedoch, die Bestimmungen zu Gunsten der Kinder erweiternd, dem Code Napoléon gefolgt sind. —

II.

Aus der geschichtlichen Betrachtung lernen wir, daß in den Anfängen der kulturellen Entwicklung fast allgemein die sittliche Verurtheilung des außerehelichen Geschlechtsverkehres eine entscheidende Rückwirkung ausübt auf die Schicksale der aus diesem Verkehre entsprossenen Kinder. „Die Sünde“ der Väter rächt sich an den Kindern. In dem Grade, in welchem sich die Erkenntniß Bahn bricht, daß nichts ungerechteres als dieses gedacht werden kann, in demselben Grade steigen die unehelichen Kinder auf der Stufenleiter der gesellschaftlichen Achtung, in demselben Grade hebt sich die rechtliche Gestaltung ihrer Lage. Das Hauptmittel dieser Hebung erblicken nun die Gesetzgebungen aller Staaten darin, daß den Kindern eine Familienangehörigkeit geschaffen wird. Fast überall ist den unehelichen Kindern eingeräumt worden ein verwandtschaftliches Verhältniß zur mütterlichen Familie. Umstritten bis auf den heutigen Tag ist aber die Frage, ob auch eine familienrechtliche Beziehung zum Vater gesetzt werden kann oder soll. Die Rechtsentwicklung in Deutschland hat diese Frage in den meisten Gebietstheilen im bejahenden Sinne beantwortet und hier eine Verantwortlichkeit des Vaters wenigstens in gewissem Umfange zum Durchbruche gebracht. Ausgenommen von dieser Entwicklung sind nur das Großherzogthum Hessen und die deutschen Rechtsgebiete des Code civil. Täuschen wir uns jedoch nicht in dem Gesetze der Entwickelung unseres Rechtsinstitutes, so wird der Art. 340 des Code nur als der Ausdruck eines vorübergehenden Rückschrittes aufgefaßt werden können. Schon ist Baden[2]), das Jahrzehnte lang nach dem Grundsatze des Code gelebt hat, zu dem alten Rechte zurückgekehrt. Und schon deutet alles darauf hin, daß der Art. 340 auch da, wo er noch gilt, die längste Zeit in Anwendung gewesen sei. Gegen die Versagung der Vaterschaftsklage ist in den letzten 20 Jahren eine lebhafte Gegenströmung aufgetreten.

Nach 1863 konnte Professor Dr. Unger (Wien) auf dem dritten Deutschen Juristentage erklären:

> „Denn ich glaube, ein Rückschritt von der aufgehobenen Paternitätsklage zur Einführung derselben ist dort, wo man die Paternitätsklage einmal abgeschafft hat, geradezu unmöglich.“

---

[2]) Nach Braun (Faucher'sche V. J. Schr. f. V. und K. II. Jahrg. Bd. II S. 31 flgde.) scheint man in Baden allerdings mit der Aufhebung des Grundsatzes des Code nicht zufrieden zu sein.

.... Ich denke, es wird die Zeit kommen, daß alle Paternitätsklagen hinwegfallen werden."

„.... Ich glaube also, daß es die Aufgabe der Gesetzgebung sein soll, dahin zu steuern, daß endlich einmal die Paternitätsklage mit allen sittlichen Nachtheilen, die sie in ihrem Gefolge hat, definitiv beseitigt werde." .... (Verhandl. des III. Deutschen Juristentages S. 224, 241 flgde.)

Jener Juristentag läßt überhaupt eine starke Hinneigung zum code civil erkennen. Die These „Vaterschaftsklage" mit enger Einschränkung — die übrigens erst auf dem 4. Juristentage zur Annahme gelangte — wurde nur in dem Sinne eines Ueberganges zur völligen Beseitigung der außerehelichen Vaterschaft befürwortet. Wie Unger äußert sich Braun in der Faucherschen Vierteljahrsschrift für Volkswirthschaft und Kulturgeschichte II. Jahrgang Bd. II S. 17 (1864).

Jene Worte haben sich nicht bewahrheitet, die Prophezeihungen sind nicht in Erfüllung gegangen. Gerade in denjenigen Ländern, in denen der Code gilt, mehren sich die Stimmen für die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft.

In Frankreich sind bereits zwei Gesetzentwürfe eingebracht worden, welche die erweiterte Verantwortung des unehelichen Vaters zum Gegenstand haben. Der erste von mehreren Mitgliedern des Senats verfaßte Entwurf aus dem Jahre 1878 schließt sich allerdings noch eng an die Bestimmungen des code civil an, indem er den von diesem Gesetze zugelassenen Ausnahmen zu Gunsten des Kindes nur einige weitere Ausnahmen hinzusetzt. Mit dem System des Code bricht aber schon vollständig der von dem Abgeordneten Rivet der Deputirtenkammer im Jahre 1883 vorgelegte Entwurf. Sein erster Artikel lautet:

„La recherche de la paternité est admise, pourvu qu'il y ait preuves écrites, ou faits constants, ou témoignages suffisants."

In der Literatur ist der Protest gegen den Code verknüpft mit dem Namen des Ed. Fuzier-Herman (De la protection légale des enfants contre les abus, de l'autorité paternelle, mémoire couronné par l'Académie de législation de Toulouse) und des Alexandre Dumas fils (La recherche de la paternité, lettre à M. Rivet, Député). Beide fordern, daß der Beweis der unehelichen Vaterschaft auch gegen den Willen des Vaters zugelassen werden soll. Während aber Ed. Fuzier-Herman sich darauf beschränkt, die Erwartung auszusprechen, daß

im Sinne seiner Forderung unter dem Drucke der öffentlichen Meinung von Rechtskundigen ein Gesetzentwurf ausgearbeitet werde, hat Alexander Dumas seine Vorschläge schon in bestimmte Artikel gefaßt. Nach diesen Vorschlägen ist der Junggeselle verpflichtet, dem Kinde Namen und Unterhalt zu geben. Der Ehemann aber, von welchem das Kind den Namen nicht empfangen kann, sowie derjenige, dessen Mittel zum Unterhalte des Kindes nicht reichen, soll mit Gefängniß von 2 bis zu 5 Jahren bestraft werden. Die Mutter, welche zum Zwecke der Spekulation oder des Skandales einen Unschuldigen verfolgt hat, trifft die Strafe des Meineides oder der Urkundenfälschung. Abtreibung soll mit 10—20 Jahren Zwangsarbeit, Kindesmord mit dem Tode bestraft werden. In seinen strafrechtlichen Vorschlägen überschreitet Dumas offenbar das erreichbare Maß. Den Gesetzgeber Dumas hat hier die Begeisterung des Dichters fortgerissen.

Man wende nicht ein, daß wir es nur mit den vereinzelten Stimmen weniger Deputirter und Schriftsteller zu thun hätten. Schwer greifbar ist ja allerdings der Stand der öffentlichen Meinung in Betreff eines Rechtsinstitutes. Wenn aber irgend etwas zur Ermittlung desselben geeignet ist, so ist es die Spruchpraxis der Gerichte. In diesen Zusammenhang gehört dasjenige, was Kohler in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 25 S. 262, insbesondere S. 277 flgde. von der rechtsschöpferischen Kraft der Jurisprudenz behauptet. Den Fortschritten der Kultur und der Meinungen steht die Rechtsprechung nicht unbeweglich gegengenüber. Demselben Gesetze entringt die Erkenntniß neuer Bedürfnisse die Keime zu neuer fruchtbringender Anwendung. So ist bei uns die lex Acquilia ausgedehnt worden, so vielleicht das Haftpflichtgesetz, so die bösliche Verlassung unter Ehegatten.[3]) Wo aber solche Schöpfungen sich zeigen, da darf man den sicheren Rückschluß wagen, daß die veränderte Anwendung des Gesetzes in den weitesten Kreisen der Bevölkerung als Bedürfniß empfunden wird.

Nun lese man nach bei Kohler a. a. O. S. 278 flgde., in welcher Weise es die französische Rechtsprechung verstanden hat, den Art. 340 Code civil zu umgehen. „Ursprünglich galt jeder Deflorationsanspruch als ausgeschlossen; aber die Praxis ging darüber

[3]) Vergl R. G. E. Bd. I S. 324, Bd. IX S. 190, Bd. VIII S. 160.

hinweg, sie hat sich geholfen, indem sie den Art. 1382 Code civil ins Treffen führte: der Verführer begeht ein Unrecht an der Verführten, und dieses verpflichtet ihn zum Schadensersatz." Bei Bemessung des Schadens werden aber im Verlaufe der weiteren Entwicklung die Folgen berücksichtigt, die aus dem Geschlechtsumgang und damit aus der Verführung entstanden sind. Die Entschädigung wird deshalb höher bemessen, „weil die Verführung zum Dasein der Kinder geführt und dadurch die Ernährungspflicht der Mutter begründet hat. So kommt man dazu, daß die Entschädigung nach Maßgabe der Bedürfnisse der Kinder festgesetzt, daß sie gar in einer auf das Leben der Kinder gestellten Rente fixirt wird." Aeußerst belehrend ist auch der schreiende Fall einer Verführung, von welchem A. Dumas a. a. O. S. 54 flgde. berichtet; das Erkenntniß I. Instanz, welches den Verführer zu 10 000 Franks Entschädigung aus den mitgetheilten Gründen verurtheilte, wurde allerdings in letzter Instanz kassirt. Noch waren die Gedanken nicht bis zu vollständiger Klarheit ausgereift.

„Würde allerdings", so fährt Kohler a. a. O. S. 282 fort: „der Napoleonische Grundsatz des Art. 340, dieser Grundsatz aus der Consulat- und Empirezeit, noch lebendig in uns walten, würde das Prinzip, welches damals die Gesetzeswelt bewegte, in unserem Innern einen vollen Widerhall finden, die ganze Entwicklung wäre zurückgeprallt, und man hätte einstimmig entgegnet, daß jede Prüfung des Causalnexus zwischen Verführung und Kindergeburt dem gesetzlichen Satze widerspreche" ......

Wenn wir jetzt noch hinzufügen, daß die italienische Rechtsprechung ganz ähnliche Bahnen wie die französische gewandelt ist und daß auch in Holland die Aufhebung des Verbots der Nachforschung der Vaterschaft von gewichtiger Seite gefordert wird[4]), so wird man nicht daran zweifeln können, daß sich der geistige Abfall vom Grundsatz des Code in Wirklichkeit schon fast überall vollzogen hat.

Das die Entwicklung treibende Gesetz lautet auf Erweiterung der Rechtsstellung der unehelichen Kinder unter Stärkung ihrer Familienbeziehungen.

---

[4]) Vergl. die von den Motiven Bd. IV S. 866 erwähnte Abhandlung von Fockema Andreae, hoogleerar te Leiden.

III.

Das Problem, das dem Gesetzgeber vorliegt, kann einer vollständigen Lösung nicht zugeführt werden.

Unleugbar ist die Lage der unehelichen Kinder im Durchschnitte eine trostlose. Nach statistischer Feststellung verhält sich die Sterblichkeit der ehelichen Kinder zu den unehelichen in vielen Ländern des Deutschen Reiches wie 5 zu 8. In Frankreich kommen unter 100 unehelichen Kindern 8,02 todt geboren zur Welt, während mit Bezug auf eheliche Kinder das Verhältniß sich nur auf 4,03 stellt. Das Budget der Gemeinden ist durch das Conto der unehelichen Kinder außerordentlich belastet. In der Stadt Hannover befinden sich beispielsweise, abgesehen von den durch besondere Waisenstiftungen untergebrachten Kindern, 550 Kinder zur Zeit in Armenpflege; darunter sind 171 Kinder unehelicher Geburt, für welche ein monatliches Pflegegeld von 1 270 Mark 25 Pf. bezahlt wird. Die verhältnißmäßig starke Betheiligung der außer der Ehe geborenen Kinder an dem Verbrecherthum eines Landes steht außer Zweifel, wenn auch nicht überall der zahlenmäßige Beleg zu erbringen ist.

Die Ursachen dieser erschütternden Wahrheit liegen zum Theil darin, daß uneheliche Kinder in einem überwiegenden Verhältnisse innerhalb der ärmeren Schichten der Bevölkerung geboren werden. Die Hauptursache aber ist zu erblicken in dem Mangel einer mütterlichen Pflege und in dem Mangel einer Erziehung. Und dieser Mangel steht mit dem Mangel einer Familie in unzertrennbarem Zusammenhange.

Das verwandtschaftliche Verhältniß zur Mutter und zur mütterlichen Familie beseitigt diesen Mangel nur in den wenigsten Fällen. Die Vortheile einer Familienerziehung können in der Regel nicht gewährt werden durch die Kräfte einer Frau, welcher der Schutz eines Mannes nicht zur Seite steht, zumal wenn dieselbe, wie es so häufig geschieht, ihres Fehltritts wegen von der eigenen Familie verlassen ist und sich ganz auf sich allein angewiesen sieht. Tritt aber selbst die Familie der Mutter sorgend ein, so ersetzt diese Sorge dem Kinde doch immer noch nicht die elterliche Familie.

Die Eltern sind es allein, deren gemeinschaftlichen Anstrengungen es gelingen kann, dem Kinde dasjenige zu gewähren, auf welches seine Hülfsbedürftigkeit ihm ein natürliches Anrecht giebt.

Dieser Gedankengang führt kategorisch zu dem Satze: Der uneheliche Vater ist verpflichtet, die Mutter zu heirathen.

Denn so wie die gesellschaftlichen Einrichtungen einmal liegen, kann eine gemeinschaftliche Erziehung durch die Eltern ausschließlich gewährt werden in einer auf die Ehe gegründeten Familie. Die gegentheilige Annahme würde, da die gemeinschaftliche Erziehung ein Zusammenwohnen der Eltern voraussetzt, den Konkubinat der Ehe rechtlich gleichstellen und damit die Ehe vernichten.

Zu allen Zeiten ist man sich des ausgesprochenen Satzes bewußt gewesen.

So heißt es in Moses II Kap. 22, 16:

> „Wenn Jemand eine Jungfrau beredet, die noch nicht vertrauet ist, und beschläft sie, der soll ihr geben ihre Morgengabe und sie zum Weibe nehmen".

Der Inhalt dieser Bestimmung hat Aufnahme gefunden in cap. I X de adulteriis et stupro (5, 16). Napoleon äußert sich bei Berathung des code civil:

> „Si la paternité pouvait être prouvée, il faudrait même le forcer à épouser la mère" . . . .

Den Gesetzgebern der biblischen und kanonisch-rechtlichen Bestimmung stand allerdings wohl im Vordergrunde der Erwägung das Interesse der Mutter, und nicht des Kindes; nur so erklärt sich auch die Bevorzugung der Jungfrau.

Obiger Folgesatz kann nicht zum Gesetz erhoben werden. Die erzwungene Ehe wäre fast ein noch größeres Uebel als dasjenige ist, dessen Heilung man anstrebt, ganz abgesehen davon, daß in dem Falle, wo der Vater Ehemann ist, die Ehe mit der Mutter des Kindes ausgeschlossen ist. Die Forderung des Kindes, daß die Eltern sich seiner Erziehung wegen heirathen, ist unerfüllbar gegenüber den wirklichen Lebensverhältnissen. Dem besonderen Interesse des Kindes stellt sich unüberwindlich entgegen das allgemeine Interesse an der Unantastbarkeit des gegenwärtigen Charakters der Ehe.

Aus diesen Gegensätzen bieten sich dem Gesetzgeber nur zwei Auswege:

> Entweder: er läßt das Interesse des Kindes untergehen zu Gunsten der Ehe. Das ist der altgermanische und altfranzösische Standpunkt. L'enfant naturel n'a point de famille.
>
> Oder: es wird der Versuch gemacht einer Ausgleichung der Gegensätze durch Zugeständnisse von beiden Seiten.

Daß für den Gesetzgeber der Gegenwart nur noch der letztere Weg gangbar ist, kann aus dem Grunde kaum bezweifelt werden,

weil es längst als unsittlich erkannt ist, die Kinder unter dem Fehltritte der Eltern leiden zu lassen; für die Aufrechterhaltung der Ehe ist es aber weder nothwendig noch auch zweckmäßig, daß die Interessen der unehelichen Kinder vollständig geopfert werden.

Das Ergebniß dieser Erörterungen erklärt uns den Gang der geschichtlichen Entwickelung, dessen allgemeiner Charakter durch ein Hin- und Herschwanken zwischen den beiden entgegengesetzten Interessenpolen, durch eine Politik der Zugeständnisse gekennzeichnet wird. Die Grenze dieser Zugeständnisse läßt sich nun im allgemeinen so umschreiben:

Das Kind muß auf denjenigen Vortheil verzichten, den allein das Zusammenleben der Eltern gewährt. In der Umkehrung verpflichtet dieser Satz die Eltern, dem Kinde alles dasjenige zu gewähren, was sie ohne Zusammenleben gewähren können. Den Vater nicht minder als die Mutter; denn mit beiden Elterntheilen ist das Kind verwandt.

Die Bedürfnisse des Kindes umfassen die Sorge für die Person und den Unterhalt. Für den Unterhalt im weitesten Umfange können beide Eltern, vielleicht auch deren Verwandte, verantwortlich gemacht werden. Auch der Anerkennung erbrechtlicher Beziehungen stehen unüberwindliche Hindernisse nicht entgegen. Bei der Erziehung muß jedoch eine Wahl getroffen werden, weil eine gemeinschaftliche Erziehung ausgeschlossen ist. Mit Rücksicht darauf, daß die Mutter dem Kinde physisch näher steht als der Vater, erscheint es gerecht, der Mutter das Recht und die Pflicht der Erziehung zu überweisen. Den Namen könnte das Kind vom Vater, wenn er nicht schon verheirathet ist, ebenso gut wie von der Mutter empfangen.

Weiter darf keine Gesetzgebung eines Landes gehen, in welchem das Zusammenleben der Geschlechter auf die Ehe gegründet ist. Auch bei den äußersten Zugeständnissen wird daher immer in einer großen Anzahl von Fällen die Möglichkeit bestehen bleiben, daß eine Versorgung nicht gewährt wird. In diesen Fällen sind die Gemeinde oder der Staat verpflichtet einzutreten. Diese Hülfe darf nicht allein nach dem Gesichtspunkte der Armenunterstützung bemessen werden; sie muß vielmehr auf das Ziel lossteuern, den durch die Gesetzgebung nicht zu beseitigenden Mangel, den Mangel der Erziehung der unehelichen Kinder, durch geeignete Maßnahmen zu heben oder doch in seinen Folgen zu lindern. —

Unser stillschweigender Ausgangspunkt war bislang die Thatsache,

daß der außereheliche Geschlechtsumgang neben dem ehelichen eine unabwendbare Nothwendigkeit ist. Es entsteht die Frage, ob es nicht gesetzgeberisch möglich sei, den außerehelichen Geschlechtsumgang selbst einzuschränken oder in geregeltere Bahnen zu weisen. Eine erschöpfende Erörterung dieser Frage, namentlich des Verhältnisses unseres Themas zu der von der Gesetzgebung nur zu wenig beachteten Prostitution, würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Nur in einer Richtung, die einen besonders nahen Zusammenhang aufweist mit unseren Untersuchungen, sei uns noch eine kurze Bemerkung gestattet.

Die Statistik macht wahrscheinlich, daß der Wegfall der mannigfaltigen Schranken, welche vor dem Inkrafttreten der Reichsgewerbeordnung und des Freizügigkeitsgesetzes der Eheschließung entgegenstanden, die Zahl der außerehelichen Geburten sehr wesentlich verringert hat. Während innerhalb des jetzigen Gebietes des Deutschen Reiches von 1841 bis 1866 der Prozentsatz der außerehelichen Geburten zwischen 10 und 12,4 schwankt und 1866 noch die Höhe von 12,1 behauptet, zeigt sich seit 1866 eine allmähliche Abnahme. Am günstigsten sind die Jahre 1875 und 1876 mit nur 8,6 Prozent betheiligt; bis zum Jahre 1885 ist aber das Verhältniß trotz des dazwischen liegenden wirthschaftlichen Nothstandes noch nicht wieder über 9,6 Prozent gestiegen.

Diese günstige Folge erleichterter Eheschließung dürfte nur dann im vollen Maße der Glückseligkeit der Bevölkerung nutzbar sein können, wenn gleichzeitig die Scheidung der Ehen erleichtert würde. Je leichter die Bedingungen sind, unter denen eine Ehe geschlossen werden kann, um so zahlreicher werden die Fälle unüberlegter Eheschließung sein, um so häufiger wird es vorkommen, daß die sittlichen Grundlagen, auf denen die Ehe beruht, binnen kurzer Zeit zerstört sind. Die engen Grenzen aber, in welche das gemeine protestantische Eherecht die Möglichkeit der Scheidung gebannt hat — Grenzen, die trotz der entgegenstehenden Gerichtspraxis durch den Entwurf wiederum weiter zurückgelegt sind — sind unter solchen Umständen, wie die tägliche Erfahrung lehrt, nur zu leicht geeignet, ehebrecherische Verhältnisse zu begünstigen. Man denke insbesondere an den so vielfach vorkommenden Fall, in welchem der Ehemann durch Trunksucht und dadurch verschuldete Arbeitslosigkeit seine wirthschaftlichen Kräfte vernichtet hat und unbekümmert um das Wohl und Wehe seiner Familie dahinlebt. Hier wird es begreiflich, daß die Frau in

ihrem eignen Interesse und im Interesse ihrer Kinder die Anlehnung sucht an fremden Mannesschutz. Es verdient die sorgfältigste Erwägung, ob nicht in solchen und ähnlichen Fällen die Scheidung der Ehe gestattet werden müßte, um dem unschuldigen Ehegatten den Eintritt in gesundere Verhältnisse zu ermöglichen. Der Gesetzgeber würde damit in ähnlicher Weise Interessengegensätze ausgleichen, wie wir es oben von ihm verlangten. Nur daß die Kinder hierbei erst in zweiter Linie in Frage kämen. Die Wirkung erleichterter Ehetrennung in dem angedeuteten Sinne würde sich nämlich geltend machen in einer Verringerung ehebrecherischer Verhältnisse. Eine große Anzahl Kinder, die jetzt geboren werden als erzeugt „ex complexibus nefariis“, würden dann als eheliche Kinder zur Welt kommen.

IV.

Durch die elementare Thatsache der Blutsverwandtschaft ist die Verpflichtung gegeben, daß die Eltern, und namentlich auch der Vater, für das von ihnen erzeugte uneheliche Kind sorgen. Anerkannt ist diese Verpflichtung in den meisten Landestheilen des Deutschen Reiches und in vielen Staaten des Auslandes. Und da wo die Unterhaltungspflicht des Vaters nicht anerkannt ist, wird die Anerkennung durch gewichtige Stimmen der öffentlichen Meinung gefordert.

Welches sind denn nun die Gründe, welche von den Vertretern des entgegengesetzten Standpunktes angeführt werden?

Auch bei ihnen besteht darin keine Uneinigkeit, daß der Vater eines unehelichen Kindes durch Gefühl und Sitte verpflichtet wird, seines Kindes sich anzunehmen. Was man bestreitet, ist nicht sowohl das Dasein dieser Pflicht als vielmehr die Möglichkeit oder Zweckmäßigkeit, diese Pflicht als erzwingbare Rechtsverpflichtung aufzustellen. Im Zusammenhang hiermit hat der Streit um den Gegenstand unserer Untersuchung die von vorn herein schiefe Form der Fragstellung angenommen: „Vaterschafts*klage* oder nicht?“

Diese Fragstellung giebt denjenigen, welcher die Anerkennung der Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters als einer Rechtspflicht nicht wollen, einen nicht gerechtfertigten Vortheil. Denn damit verlegt sich der Schwerpunkt des Streites auf die Prüfung der Schwierigkeiten, die mit der prozessualischen Geltendmachung jener Pflicht verknüpft sind. Nur zu leicht vergißt man aber dabei, daß die Klage aus einem Rechtsverhältnisse doch nur die Ausnahme bildet, man vergißt, daß die Verpflichtung des unehelichen Vaters,

wenn sie als Rechtspflicht anerkannt ist, in der Regel schon ohne Klage erfüllt werden wird, und daß sie bei dieser Voraussetzung jedenfalls in weit zahlreicheren Fällen zur Befriedigung gelangt als wenn sie nur als sittliche Pflicht besteht. Diese Erwägung dürfte geeignet sein, das Gewicht derjenigen Gründe, welche „gegen die Vaterschaftsklage" ins Treffen geführt sind, in erheblichem Grade abzuschwächen.

Weitaus der wichtigste und schwerwiegendste aller dieser Gründe ist die Behauptung, daß es schwierig, ja unmöglich sei, Gewißheit über die Vaterschaft zu erlangen. Aus der Vollziehung des Beischlafes mit der Mutter während der Empfängnißzeit folge immer nur die Möglichkeit der Vaterschaft; die Erzeugung selbst sei eine in ein Naturgeheimniß eingehüllte Thatsache.

Gegenüber der von den Motiven Bd. IV. S. 868 flg. gegebenen technisch-juristischen Widerlegung, in der namentlich auch und mit Recht auf die freie Beweiswürdigung der C. P. O. Bezug genommen wird, können wir uns an dieser Stelle darauf beschränken, der aufgestellten Behauptung diejenigen Stützen zu entziehen, die wir „die historischen" nennen möchten. Man hat sich nämlich zum Nachweise jener Behauptung auf das römische Recht und den code civil berufen. Nach beiden Seiten hin fehlt dieser Berufung die thatsächliche Grundlage.

Es ist nicht wahr oder wenigstens nicht nachweisbar, daß das römische Recht den unehelichen Kindern allein aus dem Grunde der Unbeweisbarkeit der Vaterschaft den Vater geweigert hat. Vulgo quaesiti werden nicht nur diejenigen Kinder genannt, welche den Vater nicht nachweisen können, sondern auch diejenigen, welche zwar dazu in der Lage sind, denen es aber nicht erlaubt ist, den nachgewiesenen Vater als solchen anzurufen. Die letztere Gruppe von Kindern heißt daneben „spurii". (fr. 23 D. de stat. homin. 1. 5.) Wenn man mit dieser Stelle vergleicht, daß die aus dem Konkubinat erzeugten Kinder, nachdem ein solch' dauernder Geschlechtsumgang für erlaubt angesehen worden war, in ein verwandtschaftliches Verhältniß zum Vater eingetreten sind, so wird man sich dem Eindruck nicht verschließen können, daß für den Standpunkt des römischen Rechtes nicht sowohl die Unmöglichkeit des Beweises als vielmehr die Unerlaubtheit des außerehelichen Geschlechtsumganges maßgebend gewesen ist. In dem Worte „spurii" (vom griechischen σπειρω) gelangt dieser Standpunkt deutlich zum Ausdrucke, in dem damit die

natürlich Erzeugten bezeichnet werden, denen in dem Augenblicke ihrer Erzeugung und Geburt die Weihe des Rechtes nicht zur Seite stand.

Für die Verfasser des Code scheint allerdings die Annahme der Unbeweisbarkeit der Vaterschaft den Ausschlag gegeben zu haben. Es ist aber daran zu erinnern, was schon S. 450 angedeutet wurde, daß diese Annahme beeinflußt war durch ein Beweisrecht, das sich total geändert hat. Nach dem Zeugnisse des Ed. Fuzier-Herman a. a. O. S. 43. sind die Mißstände, welche mit den Vaterschaftsklagen vor der Revolution verknüpft waren, nicht zurückzuführen auf das Prinzip der Nachforschung der Vaterschaft, sondern auf die Art und Weise der Beweisführung, welche angeblich in dem Satze gipfelte: „Creditur virgini parturienti“. Die Erfahrungen, welche unter der Herrschaft eines solchen Beweisrechtes gemacht worden sind, können gegenüber der freien Beweiswürdigung der C. P. O. nicht verwerthet werden.

Daß dem Nachweise der Vaterschaft besondere Schwierigkeiten entgegenstehen, kann keinen Augenblick geläugnet werden. Die Thatsache der Erzeugung ist noch niemals mit den Sinnen wahrgenommen worden und wird niemals wahrgenommen werden können. Diese physiologischen Schwierigkeiten bestehen aber auch in dem Nachweise der ehelichen Vaterschaft (vergl. Bernhöft, Zeitschr. für vergl. R. W. Bd. IV. S. 228) und werden hier den Kindern gegenüber keineswegs, wie Braun a. a. O. S. 9. behauptet, durch den unter den Eltern geschlossenen Ehevertrag beseitigt. Wo giebt es denn aber überhaupt für den Richter absolute Gewißheit? Warum soll zum Nachtheil der unehelichen Kinder das System der Schlußfolgerungen ausgeschlossen sein, das doch sonst überall mit so großer Freiheit geübt wird? Mit demselben Rechte könnte man für die Straflosigkeit des Meineides eintreten. Das Bewußtsein, welches der Schwörende bei Ableistung des Eides gehabt hat, ist eine in der Seele des Schwörenden verborgene und demnach für jeden Dritten gleichfalls eine „in ein Naturgeheimniß“ gehüllte Thatsache.

Was die sonstigen Gegengründe anbetrifft, so können dem Entwurf alle diejenigen Gründe nicht entgegengesetzt werden, nach welchen durch die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft für die Frauenspersonen eine Veranlassung geboten sein soll, aus dem außerehelichen Geschlechtsumgange eine Quelle des Erwerbes zu machen. Die Zuflüsse zu dieser Quelle sind durch die exceptio plurium concumbentium verstopft sowie durch den Umstand, daß der Anspruch gegen den Vater dem durch einen Vormund vertretenen Kinde überwiesen ist.

Kein Gehör verdient ferner der Einwand, daß das Glück und der Frieden vieler Familien durch die Zulassung der Vaterschaftsklage untergraben und daß unter Berufung auf die Unterhaltungspflicht eine Menge von Erpressungen und Betrügereien verübt werden würden. Denn ebenderselbe Erfolg kann, wie Jhering auf dem driten Juristentage (vergl. Bd. II S. 265 flg., insbes. S. 267) überzeugend ausgeführt hat, durch Drohungen und Anzeigen auch in demjenigen Falle erreicht werden, in welchem eine Vaterschaftsklage nicht angestellt werden kann. Ueberdies stehen doch den Interessen der ehelichen Familie nun einmal die Interessen der unehelichen Kinder gegenüber. Und die Waage sinkt zu Gunsten der Letzteren, wenn man die einfache Thatsache bedenkt, daß ihre Bedürfnisse auf Nahrung und Wohnung stets dieselben sind, gleichviel ob ihr Vater verheirathet ist oder nicht. Wer Skandal und Familiengeschichten fürchtet, der übe Enthaltsamkeit. Die Ehemänner der Verantwortung entziehen hieße eine Prämie auf den Ehebruch setzen. Unbewiesen ist endlich die Behauptung, daß der uneheliche Vater durch Religion und Sitte gedrängt seine Pflichten vollständiger und besser erfüllen würde als wenn er unter dem Drucke einer Zwangspflicht handele. In Frankreich werden nach Ed. Fuzier-Herman a. a. O. S. 29 nur ein Fünfzehntel aller unehelichen Kinder von ihren Vätern freiwillig anerkannt.

Nur ein Bedenken bleibt jetzt noch eingehender zu prüfen, welches dadurch besonders ins Gewicht fällt, daß es den Zahlen amtlicher Statistik entnommen ist. Man sagt, daß die rechtliche Anerkennung der unehelichen Vaterschaft als einer Zwangspflicht eine allgemeine Vermehrung der außerehelichen Geburten verursache, und pflegt sich wohl zur Erklärung dieser angeblich feststehenden Thatsache darauf zu berufen, daß die Widerstandsfähigkeit der Frauenspersonen geschwächt werde, wenn dieselben der künftigen Sorge für das Kind sich überhoben wüßten.

Diese Erklärung klingt sehr unwahrscheinlich. Denn einerseits bleiben ja doch auch da, wo die Vaterschaft anerkannt ist, die Frauenspersonen, wenn auch hinter den Männern, für den Unterhalt der Kinder verhaftet und haben die Last der Erziehung. Auf der anderen Seite aber: Wer bürgt denn dafür, daß nicht im entsprechenden Maße die Angriffslust der Männer gesteigert werde, wenn dieselben durch den Schild der wirthschaftlichen Unverantwortlichkeit gedeckt sind?

Thatsächlich richtig ist, daß in Frankreich weniger uneheliche

Kinder geboren werden als im Deutschen Reiche. Unter 100 Lebendiggeborenen waren beispielsweise uneheliche Kinder:

	1881	1882	1883	1884	1885	1886
in Deutschland	8,6	8,8	8,8	9,1	9,0	9,0 %
in Frankreich	7,1	7,3	7,6	7,7	7,7	7,8 %.

Thatsächlich richtig ist auch, daß die deutschen Rechtsgebiete des Code sowie des Großherzogthums Hessen an den unehelichen Geburten weniger betheiligt sind als in dem Durchschnitt des Deutschen Reiches. So bewegt sich in dem Zeitraum 1877—1886 der Prozentsatz der unehelichen Kinder in der preußischen Rheinprovinz zwischen 3,06 und 3,47, in dem Großherzogthum Hessen zwischen 5,66 und 6,21, in der bayerischen Rheinpfalz und Elsaß-Lothringen zwischen 6,24 und 7,32, während die Durchschnittsziffer in Deutschland während desselben Zeitraums zwischen 8,7 und 9,5 % liegt.[5])

Das Gewicht dieses günstigen Prozentsatzes wird auch dadurch nicht gemindert, daß man das Verhältniß aller gebärfähigen Frauen zu den unverheiratheten Frauen heranzieht. Im Jahre 1880 waren durchschnittlich im Deutschen Reiche von 100 gebärfähigen Frauen unverheirathet 39,3, in der bayerischen Rheinpfalz 35,2, im Großherzogthum Hessen 37,4, in der preußischen Rheinprovinz aber 42,3 und in Elsaß-Lothringen sogar 43,3 %.

Von diesen feststehenden Thatsachen aber bis zu der Annahme eines Zusammenhanges mit dem Verbote der Nachforschung der unehelichen Vaterschaft ist noch ein weiter und sehr gewagter Sprung.

Diesen Sprung zu machen, daran hindert uns dieselbe Lehrmeisterin, die Statistik, indem sie uns eine ganze Reihe anderer Thatsachen vorführt, die den unterstellten Zusammenhang durchbrechen.

Zunächst ist zu beachten der Unterschied zwischen der preußischen Rheinprovinz einer- und der bayerischen Rheinpfalz und Elsaß-Lothringen andrerseits. Der hohe Durchschnitt in Deutschland wird hauptsächlich verursacht durch Bayern rechts des Rheins — mit 13,83 bis 15,13 % unehelicher Kinder in den Jahren 1877—1886 — und Berlin — mit 13,35—13,85 % unehelicher Kinder in dem bezeichneten Zeitraume —. Ebenso günstig oder günstiger gar als die bayerische Rheinpfalz und Elsaß-Lothringen sind dagegen eine größere Zahl von

[5]) Wenn diese Ziffer mit der oben Frankreich gegenüber zum Vergleich gestellten Ziffer nicht genau stimmt, so hängt das damit zusammen, daß in der jetzt angewandten Ziffer die Todtgeborenen mitgerechnet sind.

Ländern betheiligt, in denen die Haftung des unehelichen Vaters anerkannt ist, so in den Jahren 1877—1886 Posen mit 6,32—7,18 %, Regierungsbezirk Oppeln mit 5,98—6,68 %, ferner die Provinz Hannover ohne Hildesheim, die Regierungsbezirke Minden und Münster, sodann Oldenburg, Bremen, Hessen-Nassau, Waldeck und die beiden Lippe mit 5,14—6,21 % unehelicher Kinder.

Auffallend ist weiterhin, daß innerhalb desselben Rechtsgebietes, ja derselben Provinz, die erheblichsten Schwankungen sich zeigen. In dieser Beziehung sei nur erwähnt, daß die Provinz Hannover ohne Hildesheim mit 5,14—5,69 % betheiligt ist, während der Regierungsbezirk Hildesheim allein 8,92—9,69 % aufweist; in der Provinz Schlesien sind die Regierungsbezirke Liegnitz und Breslau mit 11,80—13,67 %, der Regierungsbezirk Oppeln dagegen nur mit 5,98 bis 6,86 % notirt. Diese Angaben beziehen sich stets auf den Zeitraum 1877—1886.

Endlich aber wäre zu erwarten, wenn die niedrige uneheliche Fruchtbarkeit einen Schluß zulassen soll auf den Sittenzustand eines Landes, daß die eheliche Fruchtbarkeit im umgekehrten Verhältnisse steigen würde. Würde nämlich der Grad unehelicher Fruchtbarkeit dem Grade der ehelichen Fruchtbarkeit entsprechen, so müßte nothgedrungen diese Erscheinung auf ein und dieselbe Ursache zurückgeführt werden, und zwar auf eine solche Ursache, die nur mit Umständen allgemeiner Natur in Verbindung stehen könnte[6]). Jene Erwartung wird nun allerdings bestätigt durch die preußische Rheinprovinz, wo die eheliche Fruchtbarkeit über den Durchschnitt des deutschen Reiches hinausgeht, trifft dagegen schon nicht mehr zu in der bayerischen Rheinpfalz und in Elsaß-Lothringen und wird vollständig getäuscht in Frankreich. Auf eine Ehe kommen Kinder:

	1881	1882	1883	1884	1885	1886
in Deutschland	4,7	4,6	4,5	4,5	4,4	4,4 %
in Frankreich	3,3	3,3	3,2	3,2	3,2	3,1 %.

Die Fruchtbarkeit innerhalb der Ehe und außerhalb derselben ist also in annähernd demselben Verhältnisse in Deutschland eine größere als in Frankreich.

Wir haben hier nicht zu untersuchen, in welchen Umständen die allgemeine Ursache der geringeren Fruchtbarkeit Frankreichs zu er-

[6]) Vgl. auch Wappäus, Allgemeine Bevölkerungsstatistik, Zweiter Theil S. 385 ffg., insbesondere S. 396. und 397.

blicken ist. Die Ansichten bedeutender Aerzte und Moralstatistiker machen es wahrscheinlich, daß der präventive geschlechtliche Verkehr in Frankreich im Vergleiche zu Deutschland bevorzugt wird.

Nach diesen Ausführungen halten wir freilich für nachgewiesen, daß Frankreich und die deutschen Rechtsgebiete des Code in einem besonders günstigen Verhältnisse an dem Prozentsatze der außerehelichen Geburten betheiligt sind. Als nicht nachgewiesen erscheint dagegen der ursächliche Zusammenhang zwischen jenem Verhältnisse und dem Verbote der Nachforschung der Vaterschaft, dieses selbst dann nicht, wenn die statistischen Gegengründe zur Widerlegung ungeeignet sein sollten.

Bei der wenig glaublichen Art, in welcher, wie oben bemerkt, jener Zusammenhang erklärt wird, müßte doch immer noch die Möglichkeit berücksichtigt bleiben, daß es ganz andere Faktoren als ein Gesetz wie der Art. 340 des Code sind, welche in bestimmten Gegenden regelmäßig den verhältnißmäßig niedrigen Stand der unehelichen Fruchtbarkeit bewirken.

V.

Wenn wir nunmehr die Frage stellen:

„Sind die Bestimmungen des Entwurfs über die Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters zu billigen?"

so muß diese Frage in der Hauptsache bejaht werden. Es ist zu billigen, daß der Entwurf die Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters als erzwingbare Rechtsverpflichtung aufgestellt hat. Auch in der Richtung können wir nur zustimmen, daß die exceptio plurium concumbentium aufgenommen ist. Ein Gesetz, welches die wirkliche Vaterschaft zur Grundlage seiner Bestimmungen erhebt, darf nicht sich begnügen mit einem Rechtssatze, nach welchem Jeder, der mit der Mutter während der Empfängnißzeit den Beischlaf vollzogen hat, als Vater herangezogen werden kann. Die exceptio plur. conc. bedeutet zunächst nichts weiter als für den Fall, daß Mehrere mit der Mutter des Kindes während der Empfängnißzeit geschlechtlich verkehrt haben, den Ausschluß der Vermuthung eines Zusammenhanges zwischen der Geburt des Kindes und irgend einem der vollzogenen Beischlafsakte, und ist in diesem Umfange eine unabweisbare Forderung der Gerechtigkeit. Die weitere Ausdehnung dagegen, nach welcher der exceptio plur. conc. gegenüber jeder Gegenbeweis abgeschnitten sein soll, ist nur bedingt richtig, dürfte sich indessen rechtfertigen aus der

praktischen Erwägung, daß, wenn einmal Mehrere während der Empfängnißzeit mit der Mutter geschlechtlich verkehrt haben, in den seltensten Fällen eine absolute Gewißheit über den wahren Vater zu gewinnen ist.

Die Aufnahme der exceptio plur. conc. entspricht, wie wir glauben, der allgemeinen Rechtsüberzeugung: sie ist befürwortet worden durch den vierten Deutschen Juristentag und, wie wir nachträglich hervorheben wollen, auch durch den internationalen Kongreß de la protection de l'enfance im Jahre 1883. Selbst in einem Lande wie Hannover, in welchem stets die gemeinrechtliche Haftung in Anwendung gewesen ist, wird es von den Parteien noch heute vielfach nicht verstanden, daß die durchschlagende Berufung auf jene Einrede ausgeschlossen sein soll.[7])

Allerdings hat ja die bezeichnete Einrede die Folge, daß eine verhältnißmäßig größere Anzahl unehelicher Kinder ohne Ernährer ist und daß hierdurch die Armenlast nicht unerheblich gesteigert werden wird. Erscheint es gerecht, daß diese vermehrte Armenlast auf sämmtliche Mitglieder der Gemeinde gleichmäßig vertheilt wird? Es liegt der Gedanke nahe, wenn der Vater nicht zu ermitteln ist, vor der Inanspruchnahme des Gemeindesäckels zunächst noch alle diejenigen heranzuziehen, welche während der Empfängnißzeit zu der Mutter in geschlechtlicher Beziehung gestanden haben, jetzt aber nicht aus dem Grunde der Vaterschaft, sondern vielleicht deßhalb, weil sie alle gemeinschaftlich mit der Mutter es verschuldet oder doch wenigstens veranlaßt haben, daß der Personenstand des Kindes, sein Verhältniß zu einem Vater, verdunkelt worden ist. Allein ganz abgesehen von den theoretischen Zweifeln, welche dieser Konstruktion entgegenstehen, dürften die praktischen Mißstände, die mit einer solchen Haftung verbunden wären, so groß sein, daß wir nicht den Muth haben, der gesetzgeberischen Ausgestaltung jenes Gedankens das Wort zu reden.

Die Ausstellungen, die wir zu machen haben, sind untergeordneter Art und beziehen sich auf folgende Punkte:

1. „Statt der Verpflichtung des Vaters eines unehelichen Kindes auf den nothdürftigen Unterhalt und statt seiner prin-

[7]) Die hiesigen Kollegen, denen ich über das vorstehende Gutachten in einer Versammlung des hannoverschen Anwaltsvereins Bericht erstattet habe, sind in der überwiegenden Majorität für die exceptio plur. conc. in der Ausdehnung des Entwurfs.

zipalen Verpflichtung ist nach unserem Dafürhalten allgemein die Verpflichtung zum standesgemäßen Unterhalte aufzustellen; und der Vater ist nur zu verpflichten, gemeinschaftlich mit der Mutter und den mütterlichen Verwandten den Unterhalt zu gewähren."

Was das Maß des Unterhaltes anbetrifft, so liegt kein Grund vor, in dieser Beziehung einen Unterschied zu machen zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. Die exceptio plur. conc. schützt gegen ungerechte Ansprüche. Derjenige aber, der, sei es durch Anerkenntniß, sei es durch Urtheil, einmal als wahrer Vater ermittelt ist, sollte in Einklang mit dem Bestehen eines solchen verwandtschaftlichen Verhältnisses verpflichtet werden, in einem dem Stande des Kindes entsprechenden Maße zum Unterhalte desselben beizutragen. Der Bestimmung des standesgemäßen Unterhaltes würden um so weniger Bedenken entgegenstehen, wenn der Vater nur verpflichtet würde, gemeinschaftlich mit der Mutter und den mütterlichen Verwandten für das Kind zu sorgen. Die prinzipale Haftung des Vaters halten wir für unbillig selbst bei Beschränkung derselben auf den nothdürftigen Unterhalt. Denn selbst dann ist es kaum zu bezweifeln, daß sich diese Haftung im praktischen Ergebnisse wenigstens umsetzen würde in eine Alleinhaftung.

2. „Der § 749 Abs. 4 der Reichscivilprozeßordnung ist nach unserem Dafürhalten zu Gunsten der unehelichen Kinder auszudehnen."

Das heißt: Wie die Pfändung der im § 749 Abs. 2 und 3 C. P. O. aufgeführten Forderungen ohne Rücksicht auf den Betrag zulässig ist, wenn sie zur Befriedigung der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente beantragt wird, welche für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind, so sollte in demselben Umfange auch die Pfändung zulässig sein, wenn sie erfolgt zu Gunsten der unehelichen Kinder.

Der Grund ist derselbe wie zu 1. Der aus dem verwandschaftlichen Verhältnisse sich ergebenden Folge können irgendwelche beachtungswerthe Erwägungen, wie wir glauben, nicht entgegengestellt werden. Daneben wäre aber zu bedenken, daß das Gefühl der sittlichen Verantwortlichkeit gegenüber den Folgen des außerehelichen Geschlechtsumganges durch die erweiterte Zulässigkeit der Pfändung in einschneidender Weise gestärkt werden würde.

3. „Der Absatz 2 des § 1576 des Entwurfs — nämlich die Bezugnahme auf entsprechende Anwendung des § 1495 — ist zu streichen."

Nach § 1576 Abs. 1 ist mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Vertrag, insbesondere ein Vergleich, zulässig über die Unterhaltungsverpflichtung für die Zukunft. Der Sinn dieser Bestimmung ist doch kein anderer als der, daß die Verpflichtung des unehelichen Vaters zu einer terminlichen Geldrente durch Vereinbarung einer einmaligen Abfindungssumme für alle Zeiten abgelöst und daß diese Summe im Voraus geleistet werden kann.

Nun bestimmt aber der § 1495 in seinem ersten Absatze, daß auf den Unterhaltungsanspruch für die Zukunft nicht verzichtet werden kann. Abs. 2 § 1495 genehmigt die Vorausleistung seitens des Verpflichteten nur in soweit, als derselbe gesetzlich dazu verpflichtet war, und, wenn er die Frist für die Vorauszahlung zu bestimmen hatte, in soweit die Vorausleistung für eine angemessene Frist bewirkt ist.

In welcher Richtung nun der zweite Absatz des § 1495 auf § 1576 Anwendung finden soll, ist vollständig unverständlich.

Der erste Absatz des angezogenen Paragraphen würde allenfalls in dem Sinne entsprechend angewandt werden können, daß ein schlechthinniger Verzicht für die Zukunft, d. i. ohne Gegenleistung, für unzulässig erklärt werden soll. Allein liegt denn das nicht schon zur Genüge in den Worten „Ein Vertrag, insbesondere ein Vergleich" ꝛc.? Würden sich nicht der Vormund und der Richter mit dem eigenen Vermögen verantwortlich machen, wenn sie es versäumten, dem Verzichte gegenüber eine Abfindungssumme auszubedingen? Würde ein solcher Vertrag nicht geradezu schon „als gegen die guten Sitten verstoßend" nach § 344 des Entwurfs nichtig sein?

Die zu streichende Bezugnahme auf § 1495 ist unklar und würde in der Anwendung nur zu Zweifeln führen.

Wir fassen das Ergebniß unserer Erörterungen dahin zusammen:

Die Rechtsstellung der unehelichen Kinder, schon eingeengt durch die praktischen Widerstände technisch-juristischer Art, ist innerlich so nah verknüpft mit den unentbehrlichsten Grundlagen der gegenwärtigen Gesellschaftsordnung, daß eine die Interessen aller Betheiligten befriedigende Regelung dem Gesetzgeber unlösbare Schwierigkeiten bereitet. Was man den unehelichen Kindern giebt, nimmt man der Ehe. Die gesetzliche Regelung wird, wenn man nicht jene

Grundlagen selbst erschüttern will, immer ein Bruchstück bleiben. Ein kräftiges ergänzendes Eintreten der öffentlich-rechtlichen Verbände ist eine unabweisbare praktische und sittliche Nothwendigkeit zugleich.

Indem der Entwurf unter Ablehnung des Art. 340 des code civil die Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters als erzwingbare Rechtsverpflichtung aufstellt, giebt er den Forderungen, welche im Namen der hülfsbedürftigen Kinder an den Gesetzgeber gestellt werden, nach und eignet sich das Prinzip der Entwicklung an, welches den geltenden Rechtszustand in den meisten Gebietstheilen des Deutschen Reiches heraufgeführt hat. Gewiß läßt sich darüber streiten, ob nicht in der einen oder anderen Richtung eine schärfere Verantwortlichkeit des unehelichen Vaters oder derjenigen, die mit der Mutter während der Empfängnißzeit geschlechtlich verkehrt haben, begehrt werden könnte. Das Zeugniß ist aber dem Entwurf nicht zu versagen, daß er in den Vorschlägen, die er macht, im allgemeinen die Grenzen des Erreichbaren richtig inne gehalten, und vielleicht in weiser Selbstbescheidung nur die unbedingt guten Bestandtheile des geltenden Rechtes seinen Bestimmungen eingefügt hat.

Die der Kommission anvertraute Aufgabe, ein Recht zu setzen, das für das ganze Deutsche Reich die künftige Norm bilden soll, kann nur gelöst werden unter umsichtiger Ausgleichung der partikularistischen Gegensätze und unter Vermeidung aller sprunghaften Neuerungen. In dem Rechtsinstitute der Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters sind sich die Verfasser des Entwurfs dieser Richtschnur voll und ganz bewußt gewesen.

Errichtung letztwilliger Verfügungen und Verfügungen von Todeswegen durch Vertrag.

Von Rechtsanwalt k. Advokat Dr. Fr. Stein in Schweinfurt.

I. Errichtung letztwilliger Verfügungen.

(§§ 1911—1939 des Entwurfs.)

Die Formen der Erbeinsetzung und der letztwilligen Verfügungen ohne Erbeinsetzung leiden im gemeinen Rechte an einer übergroßen Mannichfaltigkeit. Schon im älteren römischen Rechte waren neben die civilrechtlichen Testamentsformen jene des prätorischen Rechtes getreten und in dem Justinianischen Recht macht sich die Unterscheidung des öffentlichen Testamentes und des Privattestamentes besonders geltend. Dazu kamen für einzelne Lagen oder Stände noch statt der regelmäßigen Erfordernisse des Testamentes, andere singuläre Bestimmungen, die bald vermehrte, bald verminderte, bald veränderte Solennitäten vorschrieben. Für letztwillige Verfügung ohne Erbeinsetzung wurde das Codicill vom Testamente noch besonders unterschieden. Die reciproken und correspektiven Testamente näherten sich in mancher Beziehung dem Erbvertrage, den man bei der Reception des römischen Rechtes in Deutschland vorfand. Derselbe wurde unter den römischen Rechtsanschauungen vielfach modificirt und erschien zuletzt lediglich als eine besondere Art der Verfügungen von Todeswegen mit Beseitigung jedes ihn dem Familienrechte oder den Vermögensübergaben zuweisenden älteren Erfordernisses.

So ist auch die Systematik und Terminologie des Entwurfes dahin gestaltet, daß Verfügungen von Todeswegen den generellen Begriff bilden, in welchem sich die vorzugsweise so benannten „letztwilligen Verfügungen", wofür auch „Testamente" gesagt wird, als

„einseitige widerrufliche" Verfügungen scheiden von den Verfügungen von Todeswegen „durch Vertrag". Nachdem das wechselseitige Testament in § 1913 verboten ist, eine jede Unwiderruflichkeit der „letztwilligen Verfügung" also beseitigt ist, während sie beim Erbvertrag besteht, so ist dies auch in der That ein durchgreifendes Kriterium geworden.

Was nun die Formen betrifft, in denen die letztwillige Verfügung, die einseitige widerrufliche Verfügung von Todeswegen, mit oder ohne Erbeinsetzung errichtet werden kann, so hat der Entwurf mit vollstem Rechte mit dem gemeinrechtlichen Ueberreichthum an Testamentsformen gründlich aufgeräumt. Der Entwurf kennt nur zwei Arten von Testamenten:

a) das ordentliche Testament,

b) das Nothtestament, das in Nothlagen zugelassen ist und Geltung nur behält, sofern es nicht nach einer gegebenen Frist in ein ordentliches Testament umgewandelt werden kann.

a) Das ordentliche Testament ist einzig und allein vor einem Beamten der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit — Richter oder Notar — zu errichten. Es ist also stets ein öffentliches Testament. In Deutschland wäre die fernere Zulassung des Privattestamentes außer den Fällen des Nothtestamentes nach den bei uns bestehenden Verfassungszuständen augenscheinlich überflüssig und selbst schädlich, da sie der Einfachheit und Gewißheit des Weges, den jeder zur Testamentserrichtung einzuschlagen hat, unnöthiger Weise Eintrag thun würde. In anderen Verfassungszuständen mochte oder mag die Errichtung eines öffentlichen Testamentes schwieriger sein, allein bei unsern täglich und in kleinen Sprengeln amtirenden Richtern der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Notaren ist dieser Weg so leicht und jederzeit zu betreten, daß kein Bedürfniß besteht, einen zweiten Weg zur steten freien Wahl für den Testirer zu eröffnen. Es scheint mir sogar im Interesse des Testirers selbst gelegen zu sein, ihn nicht in die Versuchung zu führen, einen anderen Weg zu wählen. Denn der Mangel an Vertrautheit mit den formellen Vorschriften und den materiellen Erfordernissen bei dem Privattestamente vor Zeugen läßt leicht Mißgriffe begehen, welche die Absicht des Testators vereiteln. Auch beim holographischen Testamente sind Verfehlungen gegen Forderungen des Rechtes nicht ausgeschlossen, ein Hauptgrund gegen dessen Aufnahme ist aber, wie die Motive des Entwurfes mit Recht hervorheben, die Unsicherheit, ob dasselbe mehr als ein bloßer Entwurf

war, so lange es der Autor nicht aus seinem Gewahrsam gelassen und dem Richter oder Notar mit der Erklärung, daß dies sein letzter Wille sei, übergeben hat. Dieser letztere Akt dient dem Schreiber des Testamentes selber zur Sicherheit vor Mißdeutung und man kann ihm dies sowohl in seinem, als auch im allgemeinen Interesse zumuthen. Sein Geheimniß wird dabei hinlänglich gewahrt und der Entwurf trägt diesem Bedürfnisse hinreichend Rechnung durch die Zulassung der öffentlichen Testamentserrichtung nicht bloß durch mündliche Erklärung des Inhaltes des letzten Willens, sondern auch mittelst Uebergabe einer selbst verschlossenen Skriptur zu Protokoll des Richters oder Notars mit der Bezeichnung als letzten Willens.

Es erscheint mir daher als durchaus zweckmäßig und zu billigen, daß der Entwurf eine andere Form der Errichtung letztwilliger Verfügungen nur da zuläßt, wo die Errichtung vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder einem Notar — beide müßten im ganzen Reiche dazu gleichmäßig nach der Wahl des Testators berechtigt sein — nach der obwaltenden besonderen Sachlage zur Unmöglichkeit geworden ist, so daß also nur um eines Nothfalles willen eine andere Form, ein Nothtestament, zugelassen wird.

b) Das Nothtestament ist in so völligem Maße bloß aushülfsweise zulässig und wirksam, daß nicht nur bei seiner Errichtung die Nothlage bestanden haben muß, sondern auch nach deren Wegfall es seine Wirksamkeit verliert, sofern der Testator den Wegfall und eine gesetzlich bestimmte Nachfrist überlebt hat. Will er den Inhalt seines Nothtestamentes dann noch in Geltung erhalten, so muß er dasselbe durch ein ihm nun möglich gewordenes ordentliches Testament ersetzen. Dieser Grundsatz findet sich schon im Code civil und auch im deutschen Reichsrechte bei dem Militärtestament nach § 44 des Reichs-Militärgesetzes von 1874. Ich vermag es nicht zu billigen, daß der Entwurf in seinem Texte des Militärtestamentes keine Erwähnung thut, sondern nur in einer Note und in den Motiven unter Verweisung auf das Einführungsgesetz. Auch ist die Verschiedenheit der Stellung der Zeugen nach § 44 des R. Mil. Ges. und im Falle des § 1927 des Entwurfes störend. Das Militärtestament hat auch in anderen bürgerlichen Gesetzbüchern seinen Platz gefunden, wie im Code civil Art. 981—984, und der Umstand, daß es bei uns bereits durch ein Spezialgesetz geregelt ist, rechtfertigt doch kaum sein Uebergehen im Gesetzbuche, in dessen System es eine Lücke ließe. Mindestens konnte gesagt werden: „In Kriegszeiten oder während eines Belagerungs-

zustandes können die zum aktiven Heere gehörenden und die sonst den Militärgesetzen unterworfenen Personen letztwillige Verfügungen nach den im Reichsmilitärgesetze bestimmten Formen mit einer nach den daselbst gegebenen Bestimmungen begrenzten Gültigkeit errichten."

An Nothtestamenten kennt der Entwurf das Testament vor dem Gemeindevorsteher (§ 1925), das Testament der Abgesperrten (1927), der Seereisenden (1929, bezüglich der kaiserlichen Marine wird nichts im Gesetzbuche selbst gesagt, sondern dasselbe meines Erachtens ohne Noth bloß in das Einführungsgesetz verwiesen), der Gesandtschaften und Berufskonsulate (1931). Es sind die Formen für jedes dieser Testamente unter einander und mit dem Militärtestamente nicht völlig gleich und es mag nicht geleugnet werden, daß das praktische Bedürfniß für jeden dieser Fälle Modifikationen empfehlen mochte. Ein absolutes Gleichmachen ist auch gerade nicht zu wünschen, doch ließe sich für gleichartige Fälle immerhin größere Uebereinstimmung erzielen.

Bei dem Testamente vor dem Gemeindevorsteher vertritt der Gemeindevorsteher im Grunde nur die Stelle des nicht zur Hand seienden Notars, und im Uebrigen wird gerade so verfahren, wie vor dem Notare nach § 1915 Abs. 2 und 3 bis 1923 des Entwurfes, auch § 1932 bezieht sich darauf ebenso wie auf das notarielle Testament. Es dürfte nur schon reichsgesetzlich zu bestimmen sein, daß vom Gemeindevorsteher als Stellvertreter des Notars oder Richterbeamten das von ihm errichtete Testament sofort in den Verwahr eines Richters oder Notars nach besonderer landesgesetzlicher Vorschrift zu bringen wäre.

Daß das Personal der Gesandtschaften und Berufskonsulate im Auslande ein holographisches Testament ihrem Vorgesetzten, dem Reichskanzler, mit einem ebenfalls holographischen Annahmegesuche übersenden dürfe, ist der Besonderheit des Falles wohl angepaßt.

Das Militärtestament, das Seetestament und das Nothtestament Abgesperrter sind einander in den dabei obwaltenden Verhältnissen so ähnlich, daß eine Uebereinstimmung der dabei zu wählenden Formen nicht unmöglich wäre und mir auch wünschenswerth scheint. Dies könnte geschehen etwa im Anschlusse an die Formen des § 44 des Reichsmilitärgesetzes von 1874, sonach als holographisches Testament oder als vom Testator und zwei Beweiszeugen unterschriebenes Testament oder endlich als ein vom Testator vor einer chargirten Person Auditeur, Offizier, Schiffsoffizier, vom Gemeindevorstand autorisirter

Funktionär, Arzt, Geistlicher) und zwei Beweiszeugen mündlich erklärtes, in ein vom Chargirten und den Zeugen unterzeichnetes Protokoll redigirtes und vorgelesenes Testament. Ob für das holographische Testament nicht noch dessen sofortige Absendung an die vorgesetzte Militärbehörde und im Falle des § 1927 an den Beamten freiwilliger Gerichtsbarkeit oder den Gemeindevorsteher vorzuschreiben wäre, und ob im Falle des § 1927 in Ermangelung eines gemeindlichen Funktionärs oder Arztes oder Geistlichen die Zuziehung dreier (Instruments-) Zeugen genügen solle, dürfte zu erwägen sein.

Die Nichtzulassung vom ordentlichen Testamente abweichender Formen außer in den Fällen des Nothtestamentes ist nach den Motiven und nach dem oben Gesagten als wohl begründet anzuerkennen.

Der Testirer kann das Testament nur in Person errichten (§ 1911), was eine vollberechtigte Formvorschrift ist; die Bestimmung der Altersgrenze, von der ab auch ein Minderjähriger als testirfähig gelten soll, kann von verschiedenen Erwägungen aus verschieden getroffen werden; will man einmal, wie es meistens geschieht, am Erfordernisse der erreichten Volljährigkeit nicht festhalten, so wird immer mehr oder weniger Willkür für dieses oder jenes Jahr entscheiden und so mag es bei dem 16. Lebensjahre des Entwurfes (§ 1912) füglich bleiben. Der Testirer kann die letztwillige Verfügung nur einzeln, nur allein, nicht gemeinschaftlich mit Anderen errichten (§ 1913), worauf ich unten zurückkomme.

Die Vorschriften, welche bei Testamentserrichtungen für Stumme, Blinde, Taube und Analphabeten zu gelten haben, konnten vom Entwurfe in der meines Erachtens durch die Motive zu §§ 1921 und 1922 gerechtfertigten Kürze aufgestellt werden.

Weiterhin handeln in zweckmäßiger Weise die §§ 1932—1939 von dem Verfahren mit der errichteten Testamentsurkunde und von allenfallsigem Widerruf und Wiederaufhebung des Testamentes. Die Aufnahme von Bestimmungen über die Verwahrung und Eröffnung des Testamentes in das bürgerliche Gesetzbuch ist um so gewisser gerechtfertigt, als der einstige Eintritt der Wirksamkeit des Testamentes davon abhängt. Es ist bereits oben bei Besprechung des Gemeindevorsteher-Testaments als wünschenswerth bezeichnet worden, daß im § 1932 Abs. 2 für die zu erlassenden landesgesetzlichen Vorschriften über die Verwahrung der Testamente schon reichsgesetzlich bestimmt werden möchte, dasselbe sei in die Hand des Gerichtes oder eines Notars zu bringen. Ich möchte noch weiter gehen und reichs-

gesetzlich bestimmt sehen, daß auch die Notare mindestens Anzeige von jedem bei ihnen verwahrten Testamente beim Gerichte zu übergeben hätten, damit bei letzterem alle Testamente verwahrt sind oder doch dort ihr anderweitiger Verwahr ersichtlich ist. Die Vorschriften über das Verfahren nach eingetretenem Todesfalle des Testators beim Nachlaßgerichte §§ 1937—1939 geben zu keiner Erinnerung Anlaß.

Vom Widerrufe und der Wiederaufhebung des Testamentes handeln die §§ 1933—1936. Daß das Testament als ein einseitiger Akt, aus dem vor dem Tode des Erblassers noch Niemand ein Recht erworben hat, vom Testator bis zu seinem Tode wieder ganz oder theilweise zurückgerufen werden kann, ist selbstverständlich. Es kann dies geschehen, ohne daß andere Bestimmungen getroffen werden — einfacher Widerruf, Zurücknahme oder Vernichtung — oder so, daß andere, mit den früheren unvereinbare Bestimmungen getroffen werden. Demgemäß ordnet auch der Entwurf seine Vorschriften, indem er nach einander den einfachen Widerruf, die Vernichtung, die Zurücknahme und widerstreitende neuere Bestimmungen behandelt. Ein einfacher Widerruf kann ebenso, wie ein neues Testament, nur in Form eines Testamentes — eines ordentlichen Testamentes oder gegebenen Falles eines Nothtestamentes — geschehen. Für eine solche Vorschrift ist der auch in den Motiven angeführte Grund völlig durchschlagend, daß der Widerruf von eben solchem Einflusse auf die Erbfolge ist, wie ein Testament. Daß der Wegfall des Widerrufes durch späteren Widerruf desselben nicht ohne Weiteres das Wiederaufleben des widerrufenen Testaments zur Folge habe, ist im Entwurfe ausdrücklich bestimmt, doch wird gemeinhin derjenige, welcher einen Widerruf zurücknimmt, denselben als ungeschehen betrachtet, sohin wieder den status quo ante, d. i. denselben Stand der Sache, wie er vor dem ersten Widerrufe bestand, hergestellt wissen wollen, und man dürfte dann das Testament wohl als noch geltend ansehen, sofern der Widerrufende nicht selbst den status quo ante auch durch eine der in §§ 1934—1936 bezeichneten Handlungen alterirte. Es wird darum der Widerruf des Widerrufes, wobei der zweite Widerruf in derselben Form wie der erste Widerruf geschehen müßte, nicht sowohl als eine positive letztwillige Verfügung — ein testamentum mysticum — aufgefaßt werden müssen, sondern er würde mehr als Annullirung eines die letztwillige Verfügung entkräftenden Zwischenfalles zu gelten haben. Ebenso legt das gemeine Recht und das preußische Landrecht dem Widerrufe eines späteren Testamentes, welches ein früheres Testament

nicht bloß inhaltlich, sondern schon durch seine bloße Existenz entkräftet hatte, die Wirkung bei, daß das frühere Testament so angesehen wird, als ob es niemals entkräftet gewesen wäre. Diesen Grundsatz möchte ich an Stelle des § 1932 Abs. 2 empfehlen. Die weiteren Bestimmungen des Entwurfes in §§ 1934—1936 erscheinen dagegen sämmtlich zweckentsprechend.

Wir kommen nun noch, wie dies oben vorbehalten worden ist, auf den früher übergangenen § 1913 zurück, der das Verbot gemeinschaftlicher Testamente enthält. Solche gemeinschaftliche Testamente, worin verschiedene Testirer durch einen Testamentsakt über verschiedene Erbschaften verfügen, ohne sich einander zu Erben einzusetzen, sind, wie die Motive richtig bemerken, wenig verbreitet, und es besteht hierfür auch kein Bedürfniß. Gemeinschaftliche Testamente wurden kaum anders errichtet, als mit gegenseitiger Erbeinsetzung — testamentum reciprocum — und es fragte sich dabei noch, ob die letztwillige Verfügung des einen Testators mit jener des anderen Testators stehen und fallen solle oder nicht, in welchem Falle das testamentum correspectivum vorlag. Es ist nun aber die Grenze zwischen einem lediglich reciproken und einem korrespektiven Testamente oft nicht leicht erkennbar, und doch ist diese Unterscheidung von größter Bedeutung, weil bei dem korrespektiven Testamente der Grundsatz der Widerruflichkeit der Testamente durchbrochen ist. Hier kann der eine Testator sein Testament nicht immer beliebig widerrufen, sondern er ist gebunden durch die Rücksicht darauf, daß er damit auch das Testament des Andern fallen machen würde, was ihm nicht durchaus freigelassen ist. Es nähert sich sonach das wechselseitige Testament und insbesondere, sofern es als ein korrespektives Testament zu gelten hat, einem Erbvertrage. So ist es denn eine Kontroverse des gemeinen Rechtes geworden, ob ein wechselseitiges Testament nicht geradezu als ein Erbvertrag anzusehen sei, ob es im Zweifel als ein korrespektives Testament zu erachten sei, ob ein korrespektives Testament, insbesondere zwischen Ehegatten, die Wirkung habe, daß der eine Theil nicht ohne Zustimmung des anderen Theiles entweder vor oder nach des Anderen Tod seinen letzten Willen ändern könne? Man wird niemals umhin können, die Bestimmung der Grenze zwischen einem bloß reciproken und einem zugleich korrespektiven Testamente als eine quaestio facti anzusehen, und wollte man sie durch die Aufstellung der Vermuthung der Korrespektivität im Zweifelsfalle abschneiden, so würde man nicht selten der Intention des einen

oder des anderen Erblassers Gewalt anthun. Hält man aber die Korrespektivität als Regel fest, so nähert sich das Institut dem modernen Erbvertrage so sehr, daß man füglich fragen kann, welches Bedürfniß für eine derartige besondere Institution neben dem Erbvertrage noch bestehe? Es ist in der That ein Pleonasmus, zweierlei gemeinsame letztwillige Akte zuzulassen, worin die mehreren Personen sich einander oder Dritte zu Erben in unwiderruflicher Weise einsetzen, wie es bei dem Nebeneinanderbestehen des korrespektiven Testamentes und des Erbeinsetzungsvertrages der Fall ist. So hat denn auch schon das französische Recht das wechselseitige Testament gänzlich beseitigt und sowohl das österreichische, als auch das preußische Recht hat dasselbe nur noch zwischen Ehegatten zugelassen. Doch auch Letzteres ist nicht mehr nöthig, wie die Motive des Entwurfes hervorheben, und es ist das unbedingte Verbot wechselseitiger Testamente um so gewisser zu billigen, als der Erbeinsetzungsvertrag für die Erreichung des Zweckes dieser Testamente ein vollgenügendes Mittel bietet und die Vereinfachung der Formen der Verfügungen von Todeswegen ein großer Gewinn ist, der mit Recht vom Entwurfe im Auge behalten und verfolgt wird.

Es wird wohl kaum vorkommen, daß mehrere Personen, die sich gegenseitig in einseitig unwiderruflicher Weise zu Erben einsetzen wollen, statt des dazu offenen Weges des Erbeinsetzungsvertrages die Errichtung zweier Testamente wählen, wenn auch kein prinzipieller Grund besteht, das zu verbieten. Entstehen daraus Schwierigkeiten, die sich bei einem Erbeinsetzungsvertrage nicht ergeben hätten, so hat das Gesetz doch genug gethan, wenn es den gewisseren Weg eines Erbvertrages eröffnet hatte, und es hat nicht auch für alle möglichen Schwierigkeiten auf einem trotzdem gewählten anderen Wege Vorschriften zu treffen, die, wie die Motive ausführlich darthun, immer nach der einen oder anderen Seite hin Bedenken bieten.

Sonach sind es nur wenige minder wesentliche Punkte, bezüglich deren mir eine Aenderung am Platze zu sein scheint. Einmal sind es die §§ 1927—1930, für die ich eine andere, sie mehr in Uebereinstimmung unter einander bringende Fassung wünsche, sodann möchte ich in § 1932 Abs. 2 eine reichsgesetzliche Vorschrift eingeschaltet sehen und § 1933 Abs. 2 in die gegentheilige Bestimmung umgeändert wissen.

II. Verfügung von Todeswegen durch Vertrag.

(§§ 1940—1963 des Entwurfs.)

Nachdem der Entwurf die gemeinschaftliche Errichtung eines Testamentes durch § 1913 untersagt hat, konnte er es um so weniger umgehen, das Institut der vertragsmäßigen Erbfolge aufzunehmen. Ueber die wissenschaftliche Konstruktion dieses Instituts, wie es im Entwurfe gestaltet ist, sprechen sich die Motive nur in negativer Weise aus. Insbesondere wird hervorgehoben, daß der Erbeinsetzungsvertrag des Entwurfes nicht ein familienrechtliches Rechtsgeschäft ist, welches ein Statusverhältniß begründet. Einen derartigen Charakter hatte wohl der Erbvertrag des älteren deutschen Rechtes, namentlich soweit er sich auf die gesammte Erbschaft bezog. In diesem Falle vertrat er in der That die Adoption des römischen Rechtes. Es war dies eine nothwendige Folge der engen Beziehung zwischen Familien- und Erbrecht, indem der Blutserbe nicht blos die Hoffnung hatte, einst Erbe des Nachlasses des Vaters zu werden, sondern ein unentziehbares Wartrecht oder Anwartschaft über alles Gut besaß, daß der Vater im Erbgange erhalten hatte, so daß bei Lebzeiten des Vaters die männliche Descendenz das Familiengut unter ihrem Warterecht verfangen hielt und es durch eine Widerspruchsklage gegen Veräußerungen geltend machen konnte. Nur dem Familiengliede in der männlichen Descendenz, dem rechten Erben, stand dies Recht zu und, wenn es in Ermanglung eines solchen Erben einem Fremden verschafft werden sollte, so mußte es durch eine künstliche Erschaffung eines solchen Erben, die Aufnahme des Fremden in die Familie als fingirte Descendenz oder Busen (fathom) geschehen, wie in der Affatomie (Aufnahme in den Busen) der fränkischen Volksrechte. Damit erhielt der Aufgenommene die Rechte des legitimus heres oder rechten Erben. Besonders war auch bereits im alten fränkischen Volksrechte kinderlosen Ehegatten gestattet, sich einander gegenseitig als rechten Erben einzusetzen, womit auch das beiderseitige Wartrecht auf das anderseitige Vermögen und das gemeinsame Gebundensein des Vermögens bei ihren Lebzeiten eintrat. Ein solches gegenseitiges Rechtsgeschäft war selbst zwischen Geschwistern und anderen Personen gestattet, fand jedoch bei letzteren meist nur bezüglich einzelner Vermögensstücke in Ganerbschaften oder Erbverbrüderungen Anwendung.

Die Aufnahme eines Fremden in die Stellung eines leiblichen Erben oder die gegenseitige Annahme zum rechten Erben durch kinderlose Eheleute war in der That ein familienrechtliches Geschäft. Je mehr aber die ursprüngliche Strenge des Wartrechtes schwand, desto mehr verlor sich dieser Charakter. Am frühesten wurden Vermögensstücke, die vom Erblasser nicht im Erbgang, sondern durch Selbsterwerb gewonnen waren, der freien Verfügung des Erblassers anheimgegeben, und im Laufe der Zeit bildete sich, begünstigt durch den römischen Grundsatz der Testirfreiheit, das Recht der letztwilligen Verfügung zur Regel aus in dem Sinne, daß der eingesetzte Erbe ganz so, wie im römischen Rechte, lediglich die Hoffnung hat, in den Nachlaß einst zu succediren. Nur in den gegenseitigen Erbverträgen der Eheleute erhielt sich ein dem alten Charakter derselben näherstehendes Verhältniß wenigstens statutarrechtlich z. B. in der fränkischen Landgerichtsordnung von 1618, wonach die kinderlosen Ehegatten durch ein unter einander paktirtes, gerichtlich bestätigtes Gegenvermächtniß (condonatio) sofort gegenseitig vererbt werden und in allgemeine Gütergemeinschaft eintreten. Wollten sie sich einander zu Erben einsetzen, ohne daß diese Folgen sich daran knüpften, so mußten sie statt Abschlusses eines solchen als condonatio bezeichneten Erbvertrages den Weg des reciproken Testaments wählen.

Es begreift sich leicht, daß ein so wichtiger Akt, wie die Annahme zum rechten Erben, nur öffentlich und in gerichtlicher Form vollzogen werden konnte. Erst in einer unter dem Einflusse des römischen Rechtes stehenden späteren Zeit kam man dazu, die Erbverträge hinsichtlich der Erfordernisse ihrer Errichtung unter die für den Abschluß von Verträgen geltenden allgemeinen Regeln zu stellen und sie so aller speziellen Formvorschriften zu entkleiden. Dem gegenüber lag es nahe, daß verschiedene Landesgesetzgebungen die Zulassung von Erbverträgen nicht begünstigten, sondern sie beschränkten, namentlich nur auf nahe Familienverhältnisse.

Wenn nun die Motive des Entwurfes darin Recht haben, daß der Erbeinsetzungsvertrag jetzt kein familienrechtliches Rechtsgeschäft mehr ist, das ein Statusverhältniß begründet, so verwerfen sie mit gleichem Rechte die Ansicht, als ob er ein Testament mit angehängtem Widerrufsverzichte sei, indem sie dagegen bemerken, daß dann der Verzichtvertrag nur ein obligatorisches Rechtsgeschäft wäre, aus welchem der demselben zuwider berufene Erbe haftbar bliebe, ohne jedoch die Erbenqualität zu verlieren, und daß der Verzichtvertrag

nur die Testirbefugniß des Lebenden zum Gegenstande hätte, nicht das Recht des als Erbe Eingesetzten. Der Erbeinsetzungsvertrag begründet aber gerade dem Eingesetzten ein vom Anderen unentziehbares Recht der Erbfolge in das Vermögen, das jener einst hinterlassen haben wird.

Der Erbeinsetzungsvertrag ist als ein einziges Rechtsgeschäft aufzufassen, durch welches der eine Theil dem anderen Theile ein dem Letzteren von dem Ersteren nicht einseitig widerrufliches Recht auf Beerbung giebt. Er ist sonach ein erbrechtliches Institut, das ebenso einen Delationsgrund der Erbschaft für den Vertragserben schafft, wie das Testament für den Testamentserben. Einer solchen Auffassung entsprechend behandelt auch der Entwurf die Verfügung von Todeswegen durch Vertrag in § 1940 ff. der einseitigen Verfügung von Todeswegen (letztwillige Verfügung, Testament § 1753 ff.) möglichst analog.

Gleich vornherein wird im Entwurf § 1940 der Erbeinsetzungsvertrag lediglich als ein zweiter Modus der Erbeinsetzung (§ 1751) dem anderen im vorhergehenden Abschnitt behandelten Modus der einseitigen letztwilligen Verfügung (§ 1753) zur Seite gestellt. Den Inhalt bestimmt dort, wie hier, der gleiche Endzweck der Erbeinsetzung, dem Testamentserben entspricht der Vertragserbe. Ein Grund, die Erbeinsetzung, die in Form eines Vertrages geschieht, abweichend von der testamentarischen Einsetzung, nur als eine gegenseitige zuzulassen oder gar bloß zwischen Ehegatten, besteht unter diesen Umständen nicht mehr. Und so gut eine in einem Vertrage von einem der Vertragschließenden versprochene Leistung an einen Dritten vom Entwurfe § 412 für rechtsverbindlich erklärt ist, eben so wohl muß dies für einen Vertrag gelten, der die Erbeinsetzung eines Dritten zum Gegenstand hat.

Der Entwurf stellt folgerichtig in § 1946 den Grundsatz auf, daß für die Erbeinsetzung, welche durch einen Erbeinsetzungsvertrag geschehen ist, die für eine durch Testament geschehene Erbeinsetzung gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen, und Gleiches bestimmt er in § 1956 für die im Vertrage neben der Erbeinsetzung des Vertragserben von dem einen oder anderen Vertragschließenden getroffenen Verfügungen von Todeswegen.

Der Umstand, daß die Erbeinsetzung oder nebenhergehende sonstige Anordnung im Erbeinsetzungsvertrage eben in der Form eines Vertrages, in der letztwilligen Verfügung dagegen durch einen einseitigen Willensakt geschieht, macht es aber doch nöthig, daß eine Reihe be-

sonderer Vorschriften für den Erbeinsetzungsvertrag gegeben werden. Wenn § 1941 lediglich das in § 1911 für das Testament gestellte Erforderniß der persönlichen Erklärung auch für den Erbvertrag wiederholt, so tritt sofort in § 1942 eine Abweichung von § 1912 ein, wodurch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person auch nach zurückgelegtem sechzehnten Jahre selbst mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters keinen Erbeinsetzungsvertrag schließen kann. Denn der Grund, weshalb man die Ausnahme des § 1912 zu Gunsten beschränkt Geschäftfähiger vom sechzehnten Jahre an gemacht hat, sie einen einseitigen letzten Willensakt vollziehen zu lassen, besteht auch in der That für eine vertragsmäßige Erbeinsetzung nicht.

Die Konformität in der Art und Weise der Errichtung von Testamenten und Erbverträgen ist dadurch gewahrt, daß die in § 1914 für letztwillige Verfügung aufgestellte Regel, daß sie nur in gerichtlicher oder notarieller Form errichtet werden kann, in § 1943 Abs. 1 auch für den Erbvertrag wiederholt ist. Es ist dies bei dem gleichen, wichtigen und folgenschweren Endzwecke von Testament und Erbvertrag vollkommen gerechtfertigt und hierdurch die bedenkliche Theorie der Gültigkeit auch des formlosen Vertrages, wie sie in dem gemeinen Rechte sich herausgebildet hatte, beseitigt. Während aber für das Testament die Errichtung vor Gericht oder Notar nur als regelmäßige ordentliche Testamentsform gefordert ist und daneben für Nothfälle die Ausnahmsformen des Nothtestamentes zugelassen sind, fällt diese Anomalie bei dem Erbvertrage hinweg und es ist vielmehr die gerichtliche oder notarielle Errichtung für denselben ausnahmslose Vorschrift. Und mit Recht. Denn es wird das Bedürfniß eines in Nothlagen zu errichtenden Erbvertrages sich um so weniger geltend machen, als durch Nothtestamente die Erbeinsetzung oder das Vermächtniß ebensowohl geschehen kann bis auf die Unwiderruflichkeit, welche jedoch da, wo binnen der kurzen Frist der Gültigkeit des Nothtestamentes wirklich sein Widerruf beliebt wird, eher aus Uebereilung gewährt worden wäre und vom Uebel schiene, und nach Ablauf jener Frist müßte ja ohnehin erst vor Gericht oder Notar der gültig bleibende Erbvertrag geschlossen werden. Es fehlt daher im § 1943 Abs. 2 auch eine Hinweisung auf §§ 1925—1931. Dagegen sind die für die ordentliche Testamentsform gegebenen Vorschriften der §§ 1915, 1916, 1917, 1919, 1920, 1923 und 1924 im § 1943 Abs. 2 auf den Erbeinsetzungsvertrag für anwendbar erklärt, während von den in § 1928 gestatteten beiden Arten der Handlung vor Gericht

oder Notar nur diejenige für den Erbvertrag zugelassen ist, bei welcher die Verfügung vor Gericht oder Notar mündlich erklärt wird. Es ist also nicht zulässig, den Erbvertrag in einer Privaturkunde niederzuschreiben und ihn dem Richter oder Notar offen oder verschlossen mit der Erklärung zu übergeben, dies sei der Erbvertrag. In dessen Folge bedarf es auch nicht einer weiteren dem § 1922 korrespondirenden besonderen Vorschrift. Nothwendig aber war es, in § 1943 Abs. 2 noch zu bestimmen, daß das, was in den angezogenen §§ 1915—1924 von dem einseitig verfügenden Erblasser gesagt ist, beim Erbvertrage von den beiden im Erbvertrage Verfügenden zu verstehen ist.

Von der Bestimmung, daß die Errichtung des Vertrages nur durch mündliche Erklärung des Vertragsinhaltes von Seiten der Vertragschließenden erfolgen kann, war indessen eine Ausnahme für denjenigen Vertragschließenden geboten, welcher nicht sprechen kann. Aber dem Stummen ist doch auch nicht die Uebergabe einer außergerichtlich verfaßten Skriptur gestattet, sondern er muß die Niederschrift nach § 1944 vor dem verhandelnden Richter oder Notar und in Gegenwart des anderen Vertragschließenden vollziehen. Daß die singuläre Form der Uebergabe des außergerichtlich niedergeschriebenen Testamentes mit der Erklärung, dies sei das Testament, welche der Entwurf beim Testamente, wo sie hergebracht ist, zuließ, von ihm auf den Erbvertrag nicht übertragen wurde, scheint mir zu billigen.

Was nun die Verwahrung der Erbeinsetzungsvertragsurkunde betrifft, so ist wiederum auf die §§ 1932 Abs. 1 und 2, 1937, 1938 und 1939 des Entwurfes als auch für den Erbvertrag anwendbar in § 1945 unter angemessenen Modifikationen Bezug genommen, so daß also die Bestimmungen über Errichtung und Verwahrung des Erbvertrages sich durchgängig in zweckmäßiger Weise an Buch V Abschnitt 2 Titel 7 des Entwurfes anschließen.

Es ist schon gesagt worden, daß nach § 1946 für die Erbeinsetzung, welche durch einen Erbeinsetzungsvertrag geschehen ist, die für eine durch Testament geschehene Erbeinsetzung gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen. Es sind dies insbesondere die in Buch V Abschnitt 2 Tit. 2 enthaltenen Vorschriften §§ 1788 bis 1803 und, soweit neben einem Vorerben ein Nacherbe eingesetzt wurde, weiterhin Tit. 3 oder §§ 1804—1841. Aber auch die diesen beiden Titeln vorausgeschickten allgemeinen Vorschriften des Tit. 1 sind damit hierher gezogen. Abweichende Vorschriften für den Erbvertrag giebt der Entwurf zunächst in § 1947 gegenüber dem § 1779,

indem er die für Testamente ausgeschlossene Anwendbarkeit der §§ 95, 97 Abs. 2, und 99 über Willensmängel beim Erbvertrage in Anbetracht der hier vertragsmäßigen, dort einseitigen Natur des Rechtsgeschäftes zuläßt. Sodann treten Modifikationen ein hinsichtlich der Anfechtung des Rechtsgeschäftes gegenüber den diese Materie für das Testament behandelnden §§ 1780—1787 durch den Inhalt der §§ 1948 und 1949. Es sind diese Modifikationen für den Erbvertrag geboten durch die Zweiseitigkeit des Rechtsgeschäftes im Erbvertrage gegenüber dem einseitigen Testamentsakte. Von den desfalls getroffenen Modifikationen in den beiden §§ 1948 und 1949 möchte ich keine für unangemessen erklären.

Eine Reihe besonderer Bestimmungen wird nöthig über die Wirkungen, die sich an den Abschluß eines Erbeinsetzungsvertrages knüpfen im Verhältnisse zum Intestaterbrechte des vertragschließenden Vertragserben, zum Verfügungsrechte des Erblassers unter Lebenden und von Todeswegen und zu einer früheren letztwilligen Verfügung oder späteren Verfügung von Todeswegen. Diese Fragen mußten um so mehr gesetzlich geregelt werden, als sie mehrfach zu Controversen im gemeinen Rechte Anlaß gegeben haben. Damit befassen sich §§ 1950—1953. Praktisch wird die erste dieser Fragen, ob nämlich der vertragschließende Vertragserbe mit dem Abschlusse eines Erbeinsetzungsvertrages auf sein Intestaterbrecht verzichtet habe, wohl nur dann, wenn der Vertragserbe die Erbschaft aus dem Vertrage ausschlägt, um ein ihm sonst zustehendes Intestaterbrecht geltend zu machen. Nun besteht keine Nöthigung, anzunehmen, daß er sich dieses Rechtes bei Abschluß des Erbeinsetzungsvertrages habe begeben wollen, nachdem ihm dieser Vertrag doch erst nur einen Delationsgrund für die Zukunft verschaffte, es wäre denn, daß besondere Umstände einen solchen Verzicht anzeigten. Für richtig erkenne ich also die Bestimmung des Entwurfes, daß ein solcher Verzicht nicht vermuthet wird. Eine zweite Frage, ob und wie weit das Verfügungsrecht des Erblassers unter Lebenden und von Todeswegen beschränkt wird, wird zunächst hinsichtlich der Verfügungen unter Lebenden in § 1951 dahin beantwortet, daß das Verfügungsrecht unter Lebenden nicht beschränkt werde. Es soll aber durch das Einführungsgesetz (warum nicht im Gesetzbuche?) bei einer von einem Vertragschließenden geübten so verschwenderischen Behandlung des Vermögens, daß er nach § 29 des Entwurfes entmündigt werden kann, dem anderen Vertragschließenden das Recht gegeben werden, den Entmündigungs-

antrag zu stellen. Dies steht in Uebereinstimmung mit Preuß. Landr. Th. I Tit. 12 § 626. Daneben gelten ferner für die Schmälerung des zur Zeit des Erbvertragsabschlusses vorhandenen Vermögens durch Schenkungen die besonderen Bestimmungen des § 1952, welche ich der gemeinrechtlichen Doktrin einer Freiheit zu allen nicht dolosen Schenkungen um deswillen vorziehe, weil der meist künstliche Beweis des dolus dem Vertragserben eine in thesi leicht gesagte, in praxi schwer lösbare Aufgabe setzt. Die Bereicherungsklage aus § 1952 kann der Vertragserbe nicht eher erheben, als bis er wirklich Erbe geworden ist, in Konsequenz des Satzes, daß er vorher kein Recht am Vermögen des Erblassers hat, und sie ist an eine vom Anfalle der Erbschaft an auf drei Jahre begrenzte Verjährungsfrist gebunden. Was endlich die Frage nach der Wirkung des Abschlusses des Erbeinsetzungsvertrages auf ein früheres Testament oder auf spätere Verfügung von Todeswegen betrifft, so entspricht es der gemeinrechtlichen Auffassung, daß nach § 1953 ersteres als aufgehoben, letztere als ausgeschlossen gilt.

Neben der Erbeinsetzung können im Testamente noch andere Verfügungen von Todeswegen getroffen werden und dies ist in gleicher Weise beim Erbvertrage zugelassen (§ 1955), wobei denn auf eine in dem Erbeinsetzungsvertrage neben der Einsetzung des Vertragserben von dem einen oder anderen Vertragschließenden getroffene Verfügung die Vorschriften, welche für den Fall gelten, wenn die Anordnung durch Testament getroffen ist, zur entsprechenden Anwendung kommen (§ 1956). Einen derartigen Nebeninhalt des Testamentes oder Erbeinsetzungsvertrages bilden das Vermächtniß (§ 1842 ffg.), die Auflage (§ 1886 ffg), die Aufstellung eines Testamentsvollstreckers (§ 1889 ffg.), familienrechtliche Anordnungen z. B. Benennung des Vormundes (§ 1636). Die Frage, in wie weit durch Verfügungen in einem Erbeinsetzungsvertrage der Erblasser gebunden werden könne, beantwortet der Entwurf aus Gründen, die in den Motiven gut entwickelt sind, dahin, daß der Erblasser nur durch Erbeinsetzungen und Vermächtnisse gebunden werden könne, in diesen Fällen aber die Bindung im Zweifel als gewollt anzunehmen ist.

Bei der Aufhebung muß zwischen der einseitigen letztwilligen Verfügung und dem Erbeinsetzungsvertrage eine wesentliche Verschiedenheit eintreten eben in Folge der zweiseitigen Natur des letzteren Rechtsgeschäfts. So steht denn zu § 1753 Abs. 2: „Die letztwillige Verfügung kann von dem Erblasser zu jeder Zeit auf-

gehoben werden" in geradem Gegensatze § 1957 Abs. 1: „Der Erbeinsetzungsvertrag kann nur durch einen zwischen den Personen, welche ihn geschlossen haben, zu schließenden Vertrag aufgehoben werden." Diese Verschiedenheit ist selbstverständlich. Und zwar muß der Aufhebungsvertrag gleich der Eingehung des Erbeinsetzungsvertrages in gerichtlicher oder notarieller Form geschehen. Eine besondere Regelung erheischt aber noch die Aufhebung des Erbeinsetzungsvertrages durch vorbehaltenen Rücktritt. Den vorbehaltenen Rücktritt von einem Vertrage überhaupt behandelt der Entwurf in den §§ 426 ffg., es sind aber über dessen Form und Wirkungen in Bezug auf Erbeinsetzungsverträge noch spezielle Bestimmungen in den §§ 1958, 1959, 1961 zweckmäßig getroffen.

Als Nebeninhalt des Erbeinsetzungsvertrages wurde das Vermächtniß bereits erwähnt, es kann jedoch ebensowohl, wie durch eine einseitige letztwillige Verfügung, für sich allein durch einen selbstständigen Vertrag, den Vermächtnißvertrag, nach § 1962 geschlossen werden, was auch bereits im gemeinen Rechte zur Geltung gekommen ist (Windscheid Pandekten § 632). Auf seine Errichtung und Aufhebung sind dann die über den Erbeinsetzungsvertrag und die für den Fall, daß in einem Erbeinsetzungsvertrage ein Vermächtniß mit bindender Wirkung angeordnet ist, geltenden Vorschriften anzuwenden.

Die donatio mortis causa noch als eigenthümliches Institut neben dem Erbeinsetzungs- und Vermächtnißvertrag bestehen zu lassen, muß als überflüssig erscheinen, und es kann sich daher der Entwurf § 1963 füglich darauf beschränken, zu sagen, daß auf eine Schenkung, die erst auf den Todesfall des Schenkers zum Vollzuge gelangen soll, die Vorschriften über den Erbeinsetzungs- oder Vermächtnißvertrag, wenn aber die Schenkung schon durch Veräußerung vollzogen ist, die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden zur Anwendung zu kommen haben.

Nach dem Gesagten geht der Entwurf davon aus, den Erbeinsetzungsvertrag als ein Analogon des einseitigen letzten Willensaktes zu behandeln, eine Auffassung, bei welcher die geschichtliche Entwickelung des Erbvertrages auch schon im modernen gemeinen Rechte angelangt ist. Ich billige diesen Grundgedanken vollständig. Was ferner die Ausführung im Einzelnen betrifft, so sind die von den für die letztwillige Verfügung getroffenen Bestimmungen im Entwurfe gegebenen abweichenden Bestimmungen für den Erb-

einsetzungsvertrag weder unangemessen, noch zu zahlreich, ich wenigstens möchte keine derselben streichen oder wesentlich ändern, und möchte daher keine Abänderungsvorschläge machen. Eher könnte man fragen, ob nicht noch der eine oder andere in den Motiven als fraglich gestreifte oder sonst in der Litteratur als kontrovers behandelte Punkt durch eine weitere gesetzliche Bestimmung hätte festgestellt werden sollen, allein trotzdem möchte ich auch keine Zusätze beantragen. Denn nachdem die analoge Anwendung der Bestimmungen über das Testament einestheils und die Nothwendigkeit der Rücksichtnahme auf die Vertragsnatur des Erbeinsetzungsvertrages anderntheils feststehen, auch die wesentlichsten speziellen Normen gegeben sind, glaube ich, daß man im Gesetzbuche nicht allzu kasuistisch werden solle, sondern der Rechtsprechung vertrauen könne, daß sie aus den gegebenen Grundlagen für etwaige im Gesetzbuche nicht ausdrücklich gelöste Zweifelsfragen die Entscheidung zu finden vermöge.

Erstes Buch. Vierter Abschnitt.
Rechtsgeschäfte.
§§ 64—143.

Von Rechtsanwalt Professor Dr. Hellmann in München.

Obwohl der Entwurf in achtzig Paragraphen allgemeine Vorschriften für Rechtsgeschäfte aufstellt und dadurch zu erkennen giebt, daß er den Begriff des Rechtsgeschäfts für einen äußerst wichtigen hält, obwohl auch außerhalb dieser achtzig Paragraphen (im vierten Abschnitte des ersten Buches) noch sonst häufig der Begriff des Rechtsgeschäftes vorausgesetzt wird (vgl. z. B. §§ 194 Abs. 2, 195, 196, 199 Abs. 3, 217, 828, 965, 977, 1015), unterläßt es der Entwurf, den Begriff zu bestimmen. Dagegen wäre am Ende nichts einzuwenden. Die Rechtswissenschaft befände sich demzufolge in der gleichen Lage wie nach bisherigem gemeinen Rechte. Sie müßte versuchen, aus dem Ganzen des Gesetzes den Begriff zu abstrahiren. Allein es mußte dann um so mehr vermieden werden, daß die Motive von einem ganz bestimmten Begriffe des Rechtsgeschäftes ausgehen. Die Gefahr, irre zu leiten, durfte durch die Motive nicht geschaffen werden. Daß sie geschaffen wurde, gereicht den Motiven zum Vorwurfe.

Wenn die Motive (I. S. 126) behaupten, im Sinne des Entwurfes sei Rechtsgeschäft eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deßwegen eintritt, weil er gewollt ist, so kann dies so verstanden werden, daß auch nur der Erfolg eintritt, welcher gewollt ist. So verstanden entspricht aber die Definition den Bestimmungen des Entwurfes sicherlich ebensowenig, als jenen des gemeinen Rechtes; wie fast jedes Rechtsgeschäft zeigt, tritt häufig neben dem gewollten

auch ein nicht gewollter Erfolg ein z. B. neben der gewollten Verpflichtung zur Tradition aus dem Kaufe die häufig nicht gewollte Eviktionshaftung und Haftung für Mängel der Sache, neben der gewollten Haftung des Bürgen die häufig nicht gewollte Einrede der Vorausklage u. dgl.

Man kann aber noch weiter gehen und bezweifeln, ob im Rechtsgeschäft überhaupt irgend ein rechtlicher Erfolg als solcher gewollt sein muß, damit er eintrete oder ob nicht genügt, daß eine bestimmte thatsächliche Gestaltung der Dinge gewollt sei, indem die Rechtsordnung an diesen Willen einen bestimmten rechtlichen Erfolg knüpft? z. B. ob nicht zum Rechtsgeschäfte des Kaufes genügt, daß einerseits Uebergabe einer Sache gegen Empfang von Geld, anderseits Hingabe von Geld gegen Empfang einer Sache gewollt wird?

In der That sehen wir, daß der Entwurf in § 459 lediglich „den Kaufvertrag" als den Entstehungsgrund der Verpflichtungen des Käufers und des Verkäufers bezeichnet und dahingestellt läßt, welchen Inhalt die Willenserklärungen haben müssen, durch die der Kaufvertrag zu Stande kommt. Ebenso verhält es sich mit dem Miethvertrage (§ 503), der Gebrauchsleihe (§ 549) ꝛc. Nur etwa bei den auf Begründung und Uebertragung von Sachenrechten, Familien- und Erbrechten gerichteten Rechtsgeschäften läßt sich mit Grund behaupten, daß sie die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges beabsichtigen müssen.

Sollte unter diesen Umständen nicht auch der richtig verstandene Rechtsgeschäftsbegriff der Motive zu enge sein? Und würde eine weitere Fassung des Begriffes nicht den Vorzug haben, daß sie eine Unterscheidung der in den Motiven sogen. „Rechtshandlungen" (Mot. I S. 127, III S. 83, 360) von den „Rechtsgeschäften" überflüssig machen würde, und so der Oekonomie des Gesetzes zu gute käme? (vgl. §§ 801, 809).

Wie dem auch sei, jedenfalls muß man denjenigen zustimmen, welche behaupten,*) einmal daß der Entwurf über viele gleichgültigere und selbstverständlichere Dinge als der Rechtsgeschäftsbegriff ist, ausdrückliche Bestimmungen enthält, sodann, daß in den Motiven (I S. 126) mit Unrecht von einem im Wesentlichen der herrschendeu Lehre entsprechenden Rechtsgeschäftsbegriffe die Rede ist. Demnach dürfte die Frage doch einer wiederholten reiflichen Erwägung

*) Zródłowski, Kodifikationsfragen und Kritik ꝛc. Prag 1888 S. 60 ff.

werth sein, ob nicht der Begriff des Rechtsgeschäftes definirt werden und ob er nicht anders definirt werden soll, als es in den Motiven geschehen ist.

Wenden wir uns nun zu den einzelnen Vorschriften dieses vierten Abschnittes.

Erster Titel.

Geschäftsfähigkeit.

§ 64.

In Abs. 2 dieses Paragraphen könnte der Ausdruck „des Vernunftgebrauches — beraubt ist" Beanstandung finden, wenn man den § 64 mit § 28 Abs. 1 vergleicht. In der letzteren Stelle wird die Zulässigkeit der Entmündigung wegen Geisteskrankheit ausgesprochen. Als Voraussetzung dieser Entmündigung wird aufgestellt, daß eine Person „des Vernunftgebrauches beraubt ist". Durch diese Fassung wird angedeutet, daß ein bloß vorübergehender Zustand der Bewußtlosigkeit zur Entmündigung nicht führen kann. Dieser richtigen Verwendung der Worte „des Vernunftgebrauches beraubt sein" entspricht es nicht, wenn im § 64 Abs. 2 von der Geschäftsunfähigkeit einer „wenn auch nur vorübergehend des Vernunftgebrauches beraubten Person" die Rede ist. Anstatt der Worte „beraubt ist" wäre vielleicht „entbehrt" zu setzen.

§ 65.

Abs. 3 giebt Veranlassung, auf den vom Entwurfe neben Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften aufgestellten Begriff der „Unwirksamkeit" solcher etwas näher einzugehen. Denn der ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters von dem Minderjährigen abgeschlossene Vertrag soll zwar gültig, jedoch zunächst nicht wirksam sein. Das unwirksame Rechtsgeschäft ist nirgends definirt. Aber aus einer Anzahl von besonderen Bestimmungen des Entwurfs ergiebt sich, daß Unwirksamkeit aufgefaßt wird als die Unfähigkeit eines Rechtsgeschäfts, diejenige Vermögensänderung herbeizuführen, die es herbeizuführen bestimmt war. Man muß dies aus Vorschriften schließen, wie §§ 310, 830, 876, 424. In § 310 beispielshalber wird die Abtretung einer Forderung, die dem Abtretenden nicht zustand, für wirksam erklärt, wenn derjenige, dem sie zusteht, die Abtretung genehmigt. Mithin ist die Abtretung ohne die Genehmigung unwirksam, d. h. das abgetretene Forderungsrecht geht auf den Cessionar nicht über, obgleich das Geschäft zwischen Cedenten und Cessionar voll-

kommen gültig ist und wegen Nichtübergangs der Forderung Gewährleistungsansprüche des Cessionars gegen den Cedenten erzeugt.

Im Falle des § 65 Abs. 3 wird demnach die Unwirksamkeit des Vertrages zu verstehen sein als die Unfähigkeit desselben, das Vermögen des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten mit einem Passivum zu belasten oder ein Recht, das zu seinem Vermögen gehört, zu übertragen oder zu beschränken. Der wesentliche Unterschied der Unwirksamkeit gegenüber der Nichtigkeit des Entwurfs besteht darin, daß das unwirksame Rechtsgeschäft konvalescenzfähig ist mit nicht bloß obligatorischer, sondern mit dinglicher Wirkung. Das anfechtbare Geschäft kann zwar durch Genehmigung ebenfalls vollwirksam werden, allein es unterscheidet sich von dem unwirksamen doch nach zwei Richtungen:

Einmal besteht das anfechtbare Geschäft bis zur Anfechtung zu Recht. Erst durch den dem Anfechtungsgegner erklärten Anfechtungswillen wird es hinfällig, während die Unfähigkeit zu wirken beim unwirksamen Geschäfte von jeder Willenserklärung unabhängig ist.

Sodann ist das unwirksame Geschäft gültig, so weit dies ohne die vermögensändernde Wirkung möglich ist, das angefochtene anfechtbare Geschäft dagegen ist in allen Beziehungen ungültig.

Wenn die Bedeutung der Unwirksamkeit in Vorstehendem richtig gefaßt wurde, so durfte der Entwurf im Interesse der Festigkeit des Sprachgebrauchs, der Bezeichnung „unwirksam“ sich da nicht bedienen, wo einem Rechtsgeschäfte jegliche rechtliche Geltung abgesprochen wird. Dies geschieht aber in den meisten Fällen, in welchen die Unzulässigkeit der bedingten oder befristeten Errichtung eines Rechtsgeschäftes festgesetzt wird z. B. §§ 282², 870, 1137, 1472, 1594, 1615, 1629⁵, 1892², 2035, 1873³, 2094³.

Nur in einem einzigen Falle (§ 1248²), nämlich bei Feststellung der Erfordernisse der Eheschließungsform wird bestimmt, daß die erforderlichen Erklärungen der Verlobten nicht unter Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen können. Diese Fassung ist aber gerade im Entwurfe als technische sehr häufig gewählt, um das Verbot eines Rechtsgeschäftes und damit die Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes zum Ausdrucke zu bringen (vergl. § 105 und dazu Motive I S. 211 Z. 1 ff. v. o.). Und doch wird sich nicht behaupten lassen, daß beispielsweise die Auflassung unter einer Bedingung für das Recht mehr vorhanden sei, als die Eheschließung unter einer Bedingung! Ebensowenig wird sich von der

bedingten Auflassung oder der bedingten Erbschaftsausschlagung sagen lassen, sie seien konvalescenzfähig!

Noch auffallender tritt die Ungleichmäßigkeit der Ausdrucksweise in

§ 66

hervor. Wenn dort das gegenüber einer geschäftsunfähigen und unter Umständen auch das gegenüber einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person vorgenommene Rechtsgeschäft für unwirksam erklärt wird, soferne die Wirksamkeit desselben von der Vornahme gegenüber einem Betheiligten abhängt, z. B. die Mahnung oder Kündigung, so soll damit doch gesagt sein, daß es hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen werde, als ob es nicht vorgenommen worden wäre. Damit ist aber eben der Begriff des nichtigen Rechtsgeschäftes nach dem Entwurfe erschöpft (vgl. § 108).

Zweiter Titel.

Willenserklärung. §§ 72—76.

§ 72.

Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung zu gesetzlichen Begriffen zu erheben wäre nur dann zweckmäßig, wenn sich mit denselben ein über jedem Zweifel stehender Sinn verbinden ließe. Wie wenig dies zutrifft, beweist ein Blick in die gemeinrechtliche Literatur und wird neuerdings durch Hartmann (Archiv f. civ. Pr. Bd. 73 S. 161 ff.) bestätigt.

Der Entwurf würde daher wohl besser von dieser Unterscheidung absehen. Aber selbst wenn sie beibehalten werden sollte, erschiene doch die Aufnahme des § 72 in ein Gesetz viel zu doktrinär. Denn er würde ja auch dann nichts anderes besagen, als daß es zulässig sei, den Willen auf diejenige Weise zu erklären, auf welche die Erklärung desselben möglich ist. Man könnte allerdings einwenden, die Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung könne nicht entbehrt werden, weil der Entwurf an verschiedenen Stellen eben nur die ausdrückliche Erklärung zulassen wolle. Allein, wenn das legislatorisch berechtigt sein soll, so muß kein Zweifel darüber gelassen werden, was die ausdrückliche und was die stillschweigende Erklärung sei. In den Fällen aber, in welchen nur die ausdrückliche Erklärung zugelassen wird, ist wohl die Meinung, eine schriftliche oder mündliche Erklärung bestimmten Inhalts

zu verlangen. Man vergl. §§ 65 Abs. 5, 123 Abs. 3, 315 Abs. 2, 1288 Abs. 1, 1472 und dazu §§ 1918 und 1943 Abs. 2.

Soll aber die ausdrückliche Willenserklärung in dieser Weise verstanden werden, so wäre immerhin nothwendiger ein dieselbe entsprechend definirender Paragraph, als ein Paragraph, der, wie § 72, nur statuirt, daß die Willenserklärung grundsätzlich nicht eine ausdrückliche sein müsse.

Nicht minder überflüssig als § 72 ist

§ 73.

Zum mindesten trifft dies für den zweiten Satz des § 73 zu. Denn wenn der erste Satz sagt, daß bei Auslegung einer Willenserklärung der *wirkliche* Wille zu erforschen ist, so ist damit zur Genüge ausgedrückt, daß der nur scheinbare Wille dem wirklichen Willen zu weichen hat, folglich auch derjenige scheinbare Wille, der durch den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks dargestellt wird. Andererseits ist der zweite Satz vielleicht geeignet, die Vorstellung zu erwecken, als seien der wirkliche Wille und der buchstäbliche Sinn des Ausdruckes nothwendige Gegensätze. Auch deckt dieser Satz die stillschweigende Willenserklärung nicht, obgleich er dem ersten auf alle Willenserklärungen bezüglichen Satze als coordinirt angereiht ist.

Aber auch der erste Satz des § 73 „bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen" ist kein Bedürfniß. Dieser Satz wendet sich an den Richter, der in der Beweiswürdigung die denkbar freieste Stellung nach § 259 C. P. O. einnimmt. Die Aufgabe dieses Richters ist es, im Rechtsstreite zu prüfen, ob die *behauptete* Willenserklärung vorliege; bei dieser Prüfung hat er in jedem Falle die Gründe anzugeben, die ihn von der Wahrheit oder Unwahrheit der Behauptung überzeugen. Geht seine *begründete* Ueberzeugung dahin, daß der buchstäbliche Sinn der gewollte sei, so thut er nicht Unrecht, wenn er diese Ueberzeugung seiner Entscheidung zu Grunde legt; hält er aus *Gründen* einen anderen als den buchstäblichen Sinn für den gewollten, so befindet er sich in der gleichen Lage; thut er aber das Eine oder das Andere ohne Gründe, so liegt darin schon nach den Bestimmungen der C. P. O. §§ 284 Nr. 4, 259, 513 Nr. 7 eine Rechtsverletzung.

§ 74.

Wenn man von der Ueberflüssigkeit einer gesetzlichen Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung ausgeht, so ist folgerichtig auch in § 74 davon abzusehen. Allein

auch vom Standpunkte des Entwurfes § 72 erfordert der § 74 die verschiedene Behandlung beider Arten von Willenserklärungen nicht. Der Entwurf will sich in § 74 Abs. 1 hinsichtlich der Frage nach dem Beginne der Wirksamkeit einer Willenserklärung die sogenannte Empfangstheorie aneignen. Dieselbe würde zum erschöpfenden Ausdrucke gelangen, wenn für beide Arten von Willenserklärungen bestimmt wäre, daß sie wirksam werden, wenn sie dem Destinatär „zukommen". Denn in den Fällen, welche man gemeinhin dem Begriffe der stillschweigenden Willenserklärungen unterstellt, wird von einem anderen „zukommen" als demjenigen, welches in der Erlangung der Kenntniß besteht, nicht gesprochen werden können. Man denke z. B. an die stillschweigende Stundungserklärung durch vorbehaltlose Annahme der für das künftige Jahr vorausbezahlten Zinsen des fälligen Kapitals! Wie sollte sie anders dem Schuldner zukommen als dadurch, daß er von ihr Kenntniß nimmt?

Die Bestimmung des zweiten Absatzes, daß die Willenserklärung nur dann als nicht erfolgt gilt, wenn eine den Widerruf enthaltende Willenserklärung vorher oder gleichzeitig zur Wirksamkeit gelangt, nicht aber dann, wenn sie später zur Wirksamkeit gelangt, erregt Zweifel an ihrer Zweckmäßigkeit. Man setze den Fall der Kündigung eines Miethsvertrages oder eines Auftrages! Welche Gründe sollten es rechtfertigen, die Kündigung wirksam bestehen zu lassen, wenn ihr Widerruf dem anderen Theile später zugekommen ist, vorausgesetzt, daß der Empfänger der Kündigung beim Eintreffen des Widerrufs noch keinerlei Maßnahmen in Folge der Kündigung getroffen hat? Erscheint es nicht unbillig, dem Miether, welcher den Widerruf der Kündigung später als diese empfangen hat und zunächst dieses Widerrufes sich freute, weil ihm die Gewinnung eines andern Miethobjektes aussichtslos schien, nach längerer Zeit die Berufung auf den Bestand der Kündigung zu gestatten, weil er jetzt zufällig Gelegenheit fand, einen andern Miethvertrag zu besseren Bedingungen einzugehen? Oder soll man dem Vermiether, dessen Kündigungswiderruf später als die Kündigung eintraf, gestatten, diesen Widerruf als ungeschehen zu behandeln, während sich der Miether darauf verlassen hatte? Sollte nicht für solche Fälle die Bestimmung am Platze sein, daß auch der nach der widerrufenen Erklärung eintreffende Widerruf die widerrufene Erklärung aufhebt, falls er nicht unverzüglich zurückgewiesen wird? Aber auch wenn man die Billigkeitsfrage verneint,

bleibt an der Fassung auszusetzen, daß sie von einem Wirksamwerden der rechtzeitig widerrufenen Erklärung ausgeht, während doch dieses Wirksamwerden in Wahrheit ein Unwirksamsein ist. Auch die Einfachheit des Ausdruckes gewänne, würde man bestimmen: „Der Widerruf einer Willenserklärung, welcher dem Empfänger gleichzeitig mit der letzteren oder vorher zukommt, schließt die Wirksamkeit derselben aus."

In Absatz 3 des § 74 wird der Tod, sowie der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Urhebers der Willenserklärung für die Wirksamkeit der letzteren als einflußlos erklärt, falls die ausdrückliche Willenserklärung behufs Absendung abgegeben oder die stillschweigende Willenserklärung schon vollzogen war.

Hier wird zuerst zu fragen sein, weßhalb nur die Einflußlosigkeit von Tod und Geschäftsunfähigkeit des Urhebers der Willenserklärung, nicht auch ihres Destinatärs erwähnt wird, wie für den Vertragsantrag in § 89 geschehen ist? Dies wäre um so nothwendiger gewesen, als die Motive (Bd. I. S. 159) sich veranlaßt sehen, ein nach anderer Richtung denkbares argumentum a contrario aus § 89 ausdrücklich abzulehnen. Unter diesen Umständen könnte man versucht sein, als die Meinung der Motive anzusehen, daß für die Frage, ob nach § 74 der Tod oder die nachträgliche Geschäftsunfähigkeit des Destinatärs einer Willenserklärung, welche kein Vertragsantrag ist, das argumentum a contrario aus § 89 zulässig sei, ein Ergebniß, welches doch wohl ebensowenig der Absicht der Redaktoren wie der Sachlage entsprechen dürfte.

Sodann bietet dieser Absatz ein Beispiel dafür, daß sich die Gesetzessprache ohne Schaden vereinfachen ließe, wenn man von der verschiedenen Bezeichnung des Wirksamkeitsmomentes der ausdrücklichen und desjenigen der stillschweigenden Willenserklärungen absähe. Der Absatz 3 ließe sich unter dieser Voraussetzung so fassen: „Die Wirksamkeit der Willenserklärung wird dadurch nicht berührt, daß ihr Urheber (oder derjenige, an welchen sie gerichtet war) stirbt oder geschäftsunfähig wird, bevor sie dem Betheiligten zukommt."

Zu §§ 72—76

ist die Ungleichmäßigkeit der Sprache zu beanstanden, welche darin liegt, daß in § 72 „die" Willenserklärung, in §§ 73, 74 Abs. 1, 75, 76 aber „eine" Willenserklärung gesagt wird. Auch in § 72 ist nicht von einer bestimmten Willenserklärung die Rede, weshalb auch hier der unbestimmte Artikel am Platze ist.

Dritter Titel.

Vertragsschließung §§ 77—90.

§ 77.

Zur Schließung eines Vertrages wird hier ein Erforderniß aufgestellt, dessen Erfüllung unmöglich ist, das Erforderniß nämlich, „daß die Vertragschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären.“ Solange die beiderseitigen Erklärungen nicht vollendet sind, kann eine Uebereinstimmung der Willen nicht bestehen. Die Uebereinstimmung kann erst als Ergebniß der Erklärungen sich herausstellen; denn unter Uebereinstimmung wird ja vom Entwurfe nicht die zufällige Gleichheit der Willen, sondern die Annahme des einen durch den anderen verstanden (§ 87). Es ließe sich der dem § 77 zu Grunde liegende Gedanke richtiger so fassen:

> Zur Schließung eines Vertrages wird erfordert, daß die von dem einen Vertragschließenden an den anderen gerichtete Willenserklärung von diesem angenommen wird.

Damit würde zugleich die ohnehin nicht recht zu begründende Trennung des § 87 von § 77 überflüssig gemacht. Es läge alsdann in § 77 sowohl das inhaltliche wie das zeitliche Perfektionserforderniß ausgedrückt.

§ 78.

Dieser Paragraph ist in seinem Abs. 1 überflüssig; denn er sagt nichts weiter, als daß der Vertrag nicht geschlossen sei, solange nicht der eine Vertragschließende die an ihn gerichtete Willenserklärung des andern angenommen habe. Einer Hervorhebung der Nothwendigkeit gesetzlich erheblicher Willenserklärung bedarf es nicht. Denn welche Erklärungen für den einzelnen Vertrag nach dem Gesetze wesentlich sind, bestimmt ja das Gesetz ohnehin. Daraus folgt aber, daß die Annahme einer gesetzlich unerheblichen Willenserklärung ein Vertrag nicht sein kann.

§ 79.

Die Einführung des Begriffes „gegenseitiger Vertrag“ in § 79 sollte nicht ohne Feststellung der Erfordernisse desselben geschehen oder doch nicht ohne Aufstellung der Merkmale, durch welche er sich als eine besondere Vertragsart darstellt.

Auch eine Bestimmung darüber sollte nicht fehlen, wie lange der andere Vertragschließende gebunden sei, wenn der eine seine Gebundenheit von seiner Willkür abhängig gemacht hat. Jedenfalls

würde sich empfehlen, dem gebundenen Kontrahenten einen Weg zu eröffnen, auf dem er der eigenen Gebundenheit und der gegnerischen Ungebundenheit ein Ziel zu setzen vermöchte.

§ 81.

Die Worte „ausdrücklich oder stillschweigend" sind Angesichts des § 72 überflüssig.

§§ 83, 84, 86.

Da es nach diesen Paragraphen von rechtlicher Erheblichkeit ist, ob ein Vertragsantrag einem Anwesenden oder einem Abwesenden gemacht ist, so bestand für die Redaktion gegründete Veranlassung, zu entscheiden, ob der durch Telephon gestellte Antrag als Antrag unter Anwesenden oder unter Abwesenden zu erachten sei. Bei der großen wirthschaftlichen Bedeutung dieses Verkehrsmittels, die sich stetig zu erhöhen verspricht, sollte der Wissenschaft und Praxis kein Spielraum gelassen worden sein. Es ist aktuelles Bedürfniß des Verkehrs, diese Frage unzweifelhaft entschieden zu sehen und läßt sich nicht absehen, warum das Telephon nicht dieselbe Berücksichtigung erfordern sollte wie der Telegraph (§ 92 Abs. 2).

§ 86.

Nach Abs. 2 ist die stillschweigende Annahme des einem Abwesenden gemachten Vertragsantrags insbesondere dann als gestattet anzusehen, wenn aus dem Antrage erhellt, daß der Antragende keine Antwort, sondern nur Annahme erwartet.

Hier tritt die Antwort im Gegensatz zur Annahme, während doch ein solcher Gegensatz nicht besteht; denn die Antwort ist in den meisten Fällen der Verträge die Form der Annahme. Verständlicher würde Abs. 2 lauten, wenn es hieße: „. . . daß der Antragende keine Benachrichtigung von der erfolgten Annahme erwartet."

§ 87. vgl. § 77.

§ 89.

Dieser Paragraph ist so gefaßt, daß man zu der Meinung verleitet wird, es solle die Annahmeerklärung durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Annehmenden oder des Antragstellers in ihrer Wirksamkeit beeinflußt werden, ohne daß doch ersichtlich ist, weshalb die Annahmeerklärung anders als der Antrag behandelt werden dürfte.

Ferner würde die Gleichmäßigkeit der Sprache erfordern, daß entweder hier wie in § 74 Abs. 3 der Zeitpunkt, in welchem der

Antrag „zum Zweck der Absendung abgegeben" worden ist, für entscheidend erklärt werde, oder daß in § 74 Abs. 3 wie in § 89 dieser Zeitpunkt als der „der Absendung" bezeichnet würde.

Vierter Titel.

Form der Rechtsgeschäfte.

§ 91.

Abs. 2 geht u. E. über die zulässigen Grenzen der Gesetzessprache hinaus, wenn er sagt:

„Ist durch Gesetz eine besondere Form vorgeschrieben, so ist . . . nöthig, sofern nicht ein Anderes vorgeschrieben ist.

§§ 92 Abs. 2 und 94 Abs. 1.

Mit Recht wurde bereits von anderer Seite (vgl. Hölder im Archiv f. Civ. Pr. Bd. 73 S. 91 ff.) hervorgehoben, daß die Freiheit der schriftlichen Form, welche in § 92 Abs. 2 für telegraphische Willenserklärungen zugelassen ist, durch § 94 Abs. 1 illusorisch gemacht wird für Verträge; denn wenn zum schriftlichen Vertrage die Unterschrift sämmtlicher Kontrahenten auf derselben Urkunde oder Ausfertigung gleichlautender Exemplare für jeden Kontrahenten mit der Unterschrift des anderen erforderlich ist, so läßt sich die Möglichkeit der analogen Anwendung des § 92 Abs. 2 nicht einsehen.

Fünfter Titel.

Willensmängel.

§ 95.

Man hat dem § 95 zum Vorwurfe gemacht, daß er in Bezug auf die von ihm getroffene reservatio mentalis von der Unterstellung einer bewußten Divergenz zwischen dem wirklichen und dem erklärten Willen ausgehe, da doch in solchem Falle der Erklärende eben wegen der Kenntniß des Inhalts seiner Erklärung diese zum Inhalte seines Willens in dessen relevanter Erscheinungsform erhoben habe, m. a. W. die Kongruenz von Wille und Erklärung dadurch nicht ausgeschlossen sei, daß der Erklärende gleichzeitig den Entschluß fasse, seiner Erklärung zuwider zu handeln (Hölder a. a. O. S. 93). Diesen Vorwurf vermag ich nicht für begründet zu halten; schon deshalb nicht, weil er für § 96 ebenso Geltung haben würde, obgleich man ihn gegen diesen Paragraphen nicht erhoben hat. Aber auch weiter des-

wegen nicht, weil die rechtliche Geltung des Rechtsgeschäftes allerdings von einem Doppelmomente abhängt, nämlich einmal von dem Vorhandensein einer Willenserklärung und ferner von der Kongruenz der Erklärung mit dem unabhängig von ihr zu denkenden Willen d. h. dem auf ein gewisses Ziel gerichteten Begehren. Wenn daher das Begehren beispielsweise darauf gerichtet ist, Eigenthümer einer Sache zu bleiben, die Erklärung aber trotzdem auf Uebereignung lautet, so liegt nicht die Erklärung des wirklichen Willens vor. In Wahrheit ist daher die Mentalreservation nicht die Erklärung eines wirklichen Willens mit der Absicht, demnächst pflichtwidrig zu handeln, sondern Erklärung eines nicht vorhandenen Willens mit der Absicht, demnächst diese Divergenz geltend zu machen, um den Wirkungen zu entgehen, welche die Erklärung als Erklärung des wirklichen Willens im Gefolge hätte.

Demnach dürfte die Fassung des § 95 Satz 1 gerechtfertigt sein. Dagegen muß allerdings zugegeben werden, daß der zweite Satz des § 95 besser weg bliebe (Hölder a. a. O.), da der dolus des Reservanten auch da verdient, daß man diesen beim Worte nehme, wo der Empfänger der Erklärung zufällig den dolus gekannt hat.

§ 96

läßt eine andere Redaktion seines zweiten Absatzes als wünschenswerth erscheinen. Denn daß sich die Gültigkeit des bei Vornahme eines Scheingeschäftes beabsichtigten andern Geschäfts nach den für dieses geltenden Vorschriften bestimmt, bedurfte keiner Hervorhebung, da die Gültigkeit aller Rechtsgeschäfte sich nach den für dieselben geltenden Vorschriften bestimmt. In dieser Beziehung wird auch wohl niemals ein Zweifel auftauchen. In Frage könnte nur kommen, ob aus der in Abs. 1 statuirten Nichtigkeit des Scheingeschäfts nicht zu folgern sei, daß diese auch das hiebei beabsichtigte ernstliche Geschäft ergreife. Sollte — was zweifelhaft sein dürfte — ein Bedürfniß für ausdrückliche Ablehnung dieser Folgerung anzunehmen sein, so ließe sich demselben genügen, wenn mit wenig Worten bestimmt würde, daß die Nichtigkeit des Scheingeschäfts die Gültigkeit eines dabei ernstlich beabsichtigten anderen Geschäfts nicht ausschließe.

An

§ 98

möchte ich zunächst aussetzen, daß die Ausdrucksweise in Satz 1 sich jener in § 95 nicht anpaßt. Dies könnte leicht ohne Beeinträchtigung des Gedankens geschehen, wenn es hieße:

„Ist der Urheber einer Willenserklärung sich des Mangels der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen (oder richtiger: mit dem als gewollt Erklärten) nicht bewußt, so ist . . . .“

Weit ernstlicher ist aber ein anderes Bedenken. Es war die Aufgabe des Entwurfs, in der unsicheren und verwickelten Lehre des gemeinen Rechts vom Irrthum aufzuräumen und Klarheit zu schaffen. Auf den ersten Blick scheint es auch, als habe der § 98 die Irrthumslehre auf eine sehr einfache Grundlage gestellt. Sieht man näher zu, so ergiebt sich jedoch, daß alle die alten Zweifel über die Frage, wann man sagen könne, daß eine andere Sache oder eine andere Person gewollt war, als die erklärte von Neuem sich erheben müssen, wenn es bei der Fassung des zweiten Satzes verbleibt.

So konnte denn auch von einem Kritiker des Entwurfs aus diesem § 98 Satz 2 die Folgerung abgeleitet werden, daß der Vertrag des Antisemiten, der grundsätzlich bei Juden nicht einkauft, mit dem Juden nichtig sei, wenn jener diesen nicht für einen Juden gehalten hat. (Hölder a. a. O. S. 98.) Freilich läßt sich die Schwierigkeit nicht verkennen, welche der Versuch einer Abhülfe bereitet. Allein daß diese Abhülfe dringend geboten sei, darf noch weniger verkannt werden.

§ 99

ist in seinem Absatz 1 wiederum nicht glücklich redigirt. Denn einmal ist die Willenserklärung unter der Voraussetzung des § 98 Satz 1 nicht bloß für nichtig zu erachten, sondern sie ist nichtig; außerdem klingt es höchst sonderbar, wenn das Gesetz von einer nichtigen Willenserklärung aussagt, sie sei gültig. Die Verbesserung liegt hier sehr nahe. Man könnte den Abs. 1 so fassen:

„Wenn dem Urheber der Willenserklärung grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, findet § 98 keine Anwendung.“

§ 102.

Ob dieser Paragraph nicht überflüssig sei, ist gefragt worden, weil man überhaupt die Entgegensetzung des die Kongruenz von Wille und Erklärung ausschließenden Irrthums und des Irrthums in den Beweggründen für ungerechtfertigt erklärt hat. Läßt sich aber eine feste Grenze zwischen beiden Irrthumsarten finden, so darf die besondere Betonung der Gleichgültigkeit des Irrthums in den Beweggründen als zweckmäßig erachtet worden. Die Grenze läßt sich finden, wenn man unter dem Irrthum in den Beweggründen einen

Irrthum versteht, welcher nicht betrifft Art, Objekt oder Subjekt des Geschäfts, welcher mit andern Worten beruht in einer falschen Vorstellung von Thatsachen, die außerhalb des Inhaltes des konkreten Rechtsgeschäftes liegen.

§ 104.

Dem Abs. 2 des § 104 hat man, wie mir scheint, mit Unrecht den Vorwurf der Ueberflüssigkeit gemacht (Hölder a. a. O. S. 98 ff.). Denn wenn es auch richtig ist, daß die auf den Betrug oder die Drohung gegründete Schadensersatzforderung in 30 Jahren verjährt ist, so bleiben doch die Fälle, in welchen wegen Betrugs oder Drohung ein Sachenrecht übertragen oder aufgegeben ist, zu berücksichtigen. Ist beispielsweise der Betrogene 29 Jahre lang in Unkenntniß des Betruges geblieben, der ihn zur Uebertragung seines Eigenthums veranlaßt hat, so hat es guten Sinn, daß er im 30. Jahre durch Abgabe der Anfechtungserklärung die Nichtigkeit der Uebereignung herbeiführen und so seine Sache auch von dem dritten bösgläubigen Besitzer vindiziren kann.

Aber auch dagegen läßt sich mit Grund nichts einwenden, daß die Anfechtungsfrist auf ein Jahr von der Entdeckung des Betrugs oder dem Aufhören der Zwangslage festgesetzt ist. Denn es ist eine leichte Zumuthung für den Betrogenen oder Gezwungenen, daß er anfechte. Bedarf es doch hiezu lediglich einer an den Betrüger oder an den Nöthiger zu richtenden Erklärung! Wer diese nicht abgeben will, der giebt zu erkennen, daß er mit den Wirkungen des Geschäfts einverstanden sei. Ihm braucht nicht weiter geholfen zu werden. Er wird dadurch keineswegs schlechter gestellt gegenüber dem Betrüger als gegenüber dem gutgläubigen Geschäftsgegner im Falle des Irrthums (§ 98) (Hölder a. a. O. S. 99 ff.). Denn im Falle des Irrthums hat er nicht seinen wirklichen Willen erklärt, wie im Falle des Betruges und der Drohung, dort ist mithin eine Wirkung des Geschäfts von vorneherein ausgeschlossen, während es sich hier um die Beseitigung einer eingetretenen Wirkung handelt.

Sechster Titel.

Unerlaubte Rechtsgeschäfte.

§ 106.

Kein Kritiker wird an der Bestimmung, daß ein Rechtsgeschäft nichtig sei, dessen Inhalt gegen die öffentliche Ordnung verstößt,

vorübergehen können, ohne dieselbe für eine äußerst bedenkliche zu erklären. Die Motive erkennen selbst die Bedenklichkeit der Vorschrift an (I. S. 211), aber sie versuchen nicht, nachzuweisen, daß sie trotz ihrer Bedenklichkeit nothwendig sei. Denn es ist gewiß nicht ein solcher Versuch, wenn die Motive bemerken: „Neben den guten Sitten ist die öffentliche Ordnung erwähnt, weil der Inhalt eines Rechtsgeschäfts auch gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstoßen kann und ein Verstoß gegen die letzteren nicht immer einen Verstoß gegen die ersteren enthält". Es müßte vor Allem erst feststehen, daß die allgemeinen Interessen des Staates mit der öffentlichen Ordnung identisch seien. Das kann aber nicht als richtig anerkannt werden. Wenn beispielsweise ein Hauseigenthümer mit einem Baumeister dahin kontrahirt, daß dieser am Hause gewisse Vorrichtungen anbringe, welche die Sicherheit des Publikums gefährden, so verstößt der Vertrag gegen die öffentliche Ordnung, ohne daß man sagen könnte, er verletze allgemeine Staatsinteressen. Daß der Vertrag nichtig sein müsse, dafür besteht aber kein Bedürfniß. Aber selbst wenn man die öffentliche Ordnung mit dem allgemeinen Staatsinteresse identifiziren wollte, würde die Vorschrift des § 106 an Bedenklichkeit nicht verlieren, da die Auffassung von dem allgemeinen Staatsinteresse je nach der politischen Ueberzeugung des Richters ungeachtet seiner Gewissenhaftigkeit eine verschiedene sein muß, während in Bezug auf die Frage der guten Sitten eher eine communis opinio omnium sich denken läßt.

Siebenter Titel.

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

§ 107.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkung als nicht vorgenommen angesehen. Die Motive (I. S. 217) rechtfertigen den Beisatz „gewollten" mit der Absicht, dem Mißverständnisse vorzubeugen, als ob die unbeabsichtigten Wirkungen außergeschäftlicher Thatbestände z. B. der culpa in contrahendo nach § 97 Abs. 3, § 99 Abs. 2 ebenfalls von der Nichtigkeit des Geschäftes berührt würden. Allein diesem Mißverständnisse wird nur um den Preis eines andern vorgebeugt, nämlich des Mißverständnisses, daß ein Rechtsgeschäft nur diejenigen Wirkungen äußern könne, welche beabsichtigt waren. Und doch unterliegt es

keinem Zweifel, daß wegen Eviktion oder wegen Mängel der verkauften Sache vom Verkäufer gehaftet wird, auch wenn er beim Verkauf an diese Haftung gar nicht gedacht, geschweige denn sie beabsichtigt hat. Die Konsequenz der Redaktion des § 107 würde sein, daß hinsichtlich dieser nicht beabsichtigten Wirkungen des nichtigen Kaufes derselbe bestehen bleibt.

§ 109

ist als völlig überflüssig zu streichen. Denn wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft durch späteren Wegfall der Nichtigkeitsgründe gültig werden sollte, so müßte dies besonders zugelassen sein.

Achter Titel.

Vertretung und Vollmacht.

§ 115.

Die Stellvertretung soll ausnahmsweise nicht zulässig sein, wo die „Natur des Rechtsgeschäftes" derselben entgegensteht. Nach den Motiven (I. S. 224) sollen hierdurch diejenigen Fälle getroffen werden, in welchem die aus dem Rechtsgeschäfte zu entnehmende Unzulässigkeit der Vertretung so offen ersichtlich ist, daß eine besondere Hervorhebung nicht für erforderlich erachtet worden ist.

Dieser Zweck wäre einfacher zu erreichen durch Ersetzung der „Natur des Rechtsgeschäftes" mittels der Worte „Inhalt des Rechtsgeschäftes". Diese Ersetzung würde sich um deswillen empfehlen, weil die „Natur des Rechtsgeschäfts" undefinirt geblieben und damit Jedermann freigestellt ist, sich unter der „Natur" vorzustellen, was ihm als solche erscheint. (Vergl. Zródlowski, Kodifikationsfragen und Kritik 2c. S. 32.)

§§ 117, 118.

Der Entwurf geht von der Grundauffassung aus, daß das durch einen Stellvertreter zu Stande gekommene Rechtsgeschäft ein Rechtsgeschäft des Vertreters, Erklärung seines Willens sei, daß aber die Wirkungen des Geschäftes statt dem Vertreter, dem Vertretenen zugerechnet werden. Die Motive leiten (I S. 226 ff.) aus dieser Auffassung ab, daß die Voraussetzungen der Gültigkeit und Wirksamkeit des Geschäftes in der Person des Vertretenen insoweit gegeben sein müssen, als ohne dieselben eine Beziehung auf den Vertretenen nicht möglich ist, bei dem Vertreter dagegen die Vornahme des Rechtsgeschäftes liege. Die etwaigen Willensmängel kämen daher in der

Person des Vertreters in Betracht. Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des letzteren schade aber nicht, da sie sich nach Grund und Zweck nur auf seine eigenen Angelegenheiten beziehe. Dieser letzte Satz ist jedoch in Wahrheit bereits ein Verlassen der Grundauffassung. Denn ist einmal der Vertreter die Person, welche das Rechtsgeschäft vornimmt, so findet auch nothwendig auf ihn § 65 Abs. 2—6 Anwendung. In § 65 Abs. 2 wird lediglich der Vornahme von Rechtsgeschäften des Geschäftsbeschränkten eine Grenze gezogen ohne Rücksicht darauf, ob sich dieselbe auf seine eigenen oder auf fremde Angelegenheiten bezieht. Zudem kann die Thätigkeit als Stellvertreter nach § 125 sehr empfindlich zur eigenen Angelegenheit des Vertreters werden. Es könnte sich mithin nur fragen, ob die Vornahme des Rechtsgeschäftes Seitens des Stellvertreters ihm lediglich Rechte erwirbt oder ihn lediglich von Verbindlichkeiten befreit. Muß beides verneint werden, so ist die Konsequenz, daß ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter auch als Stellvertreter der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Dieses unerwünschte Ergebniß läßt sich nur vermeiden, wenn man von einer anderen Grundauffassung ausgeht als der Entwurf, nämlich von der Auffassung, daß der Vertretene in allen Fällen der freiwilligen Vertretung das Rechtsgeschäft vornehme, d. h. daß von ihm diejenige Thätigkeit ausgehe, welche den Thatbestand des Rechtsgeschäftes herstellt. Diese Auffassung schließt nicht aus, daß es eine Willenserklärung des Vertreters ist, deren sich der Vertretene zur Entfaltung seiner rechtsgeschäftlichen Thätigkeit bedient, eine Willenserklärung in dem Sinne einer Aeußerung seines Ermessens, so daß in der Person des Vertreters jedenfalls Willensfähigkeit (Geschäftsfähigkeit) erfordert werden muß und die Berücksichtigung der Willensmängel, der Kenntniß und Unkenntniß in der Person des Vertreters offen bleibt. Andererseits darf aber die Kenntniß und Unkenntniß des Vertretenen oder dessen Willensmangel nicht unberücksichtigt bleiben, soweit bei der freiwilligen Stellvertretung sein Wille an den Geschäftsabschluß betheiligt ist und bestimmend war. (So mit Recht Hölder a. a. O. S. 115.) Es genügt nicht, wenn der Entwurf in § 117 schlechthin auf die Person des Vertreters gesehen wissen will und nur ausnahmsweise in § 118 bei der Ermächtigung zu einem bestimmten Rechtsgeschäft das Wissen oder Wissenmüssen des Vertretenen entscheiden läßt. Denn wenn die Motive (I. S. 227) die Ausnahme des § 118 mit der Erwägung begründen, daß der Vertretene in solchen Fällen die Willensentscheidung

beeinflusse und Theil an ihr habe, so trifft diese Erwägung auch zu, wo der Vertretene sich über Objekt oder Subjekt des Geschäftes oder über die Art desselben irrt.

Wenn beispielsweise A den B bevollmächtigt, in seinem Namen die Sache x zu kaufen, B aber meint, er solle y kaufen und nun x kauft, weil er x für y hält, so läßt sich nicht absehen, weshalb der Kauf für A nicht gültig sein soll. (Vgl. auch das von Hölder a. a. O. angeführte Beispiel).

Von der freiwilligen Stellvertretung muß man freilich die gesetzliche unterscheiden. Bei letzterer nimmt allerdings der Vertreter allein das Rechtsgeschäft vor. Hier beruht aber auch die Wirkung der Vertretung gar nicht auf dem Willen des Vertretenen.

§ 120.

An der Redaktion des Abs. 1 muß beanstandet werden, daß die durch besondere Mittheilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegebene Bevollmächtigung des Stellvertreters eine selbstständige „Bevollmächtigung" genannt wird; denn das kann doch nur als Bevollmächtigung des Dritten gedacht sein, da der Vertreter ja als bevollmächtigt bereits vorausgesetzt wird. So erhalten wir einen doppelten Sinn von Bevollmächtigung, während die Einheitlichkeit des Begriffes wünschenswerth wäre.

§ 123.

Die Vorschrift des Abs. 2 kann selbstverständlich von dem Standpunkte aus, der die Vornahme des Rechtsgeschäfts dem Vertretenen zuschreibt, nicht gerechtfertigt werden; denn danach ist der Vertragsschluß mit einem vollmachtlosen Vertreter nicht mehr als eine Vertragsofferte an den Vertretenen*), muß also ebenso wie diese widerruflich sein. Aber auch wenn man den Standpunkt des Entwurfes theilt, den Vertrag mit dem vollmachtlosen Vertreter mithin als perfekt ansieht, ist nicht zu verstehen, weshalb durch contrarius consensus der Kontrahenten dieser Vertrag nicht solle aufgehoben werden können.

§ 125.

Daß der vollmachtlose Vertreter, der auf den Mangel der Bevollmächtigung den anderen Kontrahenten nicht aufmerksam gemacht hat, für diesen Mangel einstehen muß, ist in Ordnung. Aber es ist

*) Vgl. Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. S. 124 Nr. 2.

andererseits eine unbillige Begünstigung des anderen Kontrahenten, wenn man ihm den Anspruch auf Erfüllung oder den auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zur Wahl stellt. Zunächst kann er doch wohl billigerweise nichts anderes verlangen, als so behandelt zu werden, wie er es bei Vorhandensein der Vollmacht zu gewärtigen hatte. Daß er unter Umständen die sofortige Leistung des Erfüllungsinteresses vorziehen könnte, mag man den Motiven (I S. 244) zugeben, eine Begründung, weshalb ihm dieses Verlangen zugebilligt werden soll, ist zu vermissen.

Zehnter Titel.

Bedingung und Befristung.

In diesem Titel sind völlig überflüssig und rein doktrinär die

§§ 131 und 140.

Was zunächst den § 131 betrifft, so liegt sein Inhalt schon in den §§ 128 und 129; der Satz des § 140 aber würde nur verkannt werden können, wenn eine gegentheilige gesetzliche Bestimmung Aufnahme gefunden hätte.

Nothwendiger wäre gewesen, den Begriff der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung zu geben. Denn wenngleich eine Volksthümlichkeit des Gesetzbuchs in dem Sinne nicht erreichbar ist, daß jeder Laie die Rechtssätze wie ein Feuilleton versteht, so darf doch verlangt werden, daß ihm die Rechtssätze in einer Form geboten werden, die ihm ihr Verständniß möglich macht, ohne daß er sich erst in dem Wörterbuch der technischen Ausdrücke Raths erholt, welche auf einer in ihrer Geltung zu beseitigenden Grundlage beruhen.

Man wird aber nicht behaupten können, daß dem Laien die Begriffe: aufschiebende und auflösende Bedingung ohne juristische Unterweisung zum Verständnisse gelangen können.

§ 133.

Abs. 2 ließe sich weit einfacher so fassen:

„Wird .... eröffnet, so gilt der Gemeinschuldner als zur Sicherheitsleistung verpflichtet."

Abs. 4 ist überflüssig oder doch unzweckmäßig redigirt. Ueberflüssig deshalb, weil Niemand auf den Gedanken kommen könnte, daß die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen sich nach anderen als den Vorschriften der C. P. O. bestimme, wenn anderweitige Be-

stimmungen über Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen nicht bestehen. Unzweckmäßig redigirt, wenn damit gesagt sein soll, daß die Bedingtheit eines Rechts die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung nicht ausschließt.

§ 134.

Für den Inhalt dieses Paragraphen wäre folgende einfachere und verständlichere Fassung vorzuschlagen:

„Für den Fall der Erfüllung der Bedingung haftet der bedingt Verpflichtete wegen der während des Schwebens der Bedingung vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Vereitelung oder Beeinträchtigung des bedingten Rechtes ebenso, wie wenn das Rechtsgeschäft unbedingt errichtet worden wäre."

§ 138.

Eine „Handlung, deren Vornahme von der Willkür des Verpflichteten abhängt" und „bloßes Wollen des Verpflichteten", sind keine rechten Gegensätze. Gemeint ist der Gegensatz zwischen „Handlung, deren Vornahme .... abhängt" und „bloßem Wollen des Verpflichtetseins".

Der Erfüllungsort.

Von Rechtsanwalt Dr. C. F. Reatz in Gießen.

A. Einleitung.

I. Aeußere Gestalt des Entwurfs.

§ 1.

Der Entwurf hat die Lehre vom Erfüllungsort oder, wie er denselben nennt, Leistungsort[1], im Titel vom Inhalt der Schuldverhältnisse unter dem Gesichtspunkt der Verpflichtung zur Leistung in den §§ 229 und 230 prinzipiell zu regeln versucht, und sodann im Abschnitt von den Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden bei einzelnen Verträgen (Schenkung § 446, und Hinterlegungsvertrag §§ 618, 620), und im Sachenrecht bei der Grundschuld (§ 1139) Sonderbestimmungen bezüglich der Ermittelung des Leistungsorts getroffen[2]). Gegen die Stellung der Lehre im allgemeinen Theile der Schuldverhältnisse ist nichts einzuwenden. Dagegen sind Bestimmungen über den Leistungsort beim Schenkungs- und Hinterlegungsvertrag überhaupt überflüssig, weil sich derselbe aus einer richtig formulirten Regel schon von selbst ergeben muß, und weil nach dem vom Entwurf aufgestellten Prinzipe, wonach in Ermangelung einer durch Gesetz, Rechtsgeschäft oder Beschaffenheit der Leistung erfolgenden Bestimmung des Erfüllungsorts dieser durch „die Natur des Schuldverhältnisses" bestimmt wird, ein Zweifel über den Erfüllungsort gerade bei diesen Verträgen am allerwenigsten auf-

---

[1]) Im § 466 nennt er ihn ausnahmsweise den Ort der Erfüllung, und im § 446 spricht er von dem Orte, wo das Schenkungsversprechen zu erfüllen sei.

[2]) § 285 behandelt die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung bei Forderungen mit verschiedenen Leistungsorten.

kommen kann. Solche Sonderbestimmungen können nur verwirrend wirken, weil man nicht weiß, ob sie Anwendungen oder Ausnahmen von der im § 229 gegebenen Regel sein sollen. Wenn beispielsweise der Entwurf im § 446 sagt, das Schenkungsversprechen sei im Zweifel an dem Orte zu erfüllen, an welchem der Schenker zur Erfüllungszeit seinen Wohnsitz habe, so sollte man denken, dies ergebe sich „aus der Natur" der Schenkung. Von den Motiven werden wir aber belehrt, daß diese Sonderbestimmung mit der „Natur dieses Schuldverhältnisses" gar nichts zu thun hat, daß sie vielmehr nur eine Ausnahme der subsidiären Bestimmung des § 230 sei, wonach der Schuldner, falls sich ein Leistungsort aus der Natur des Schuldverhältnisses nicht ergebe, an dem Orte zu leisten habe, an welchem er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Damit ist doch geradezu negirt, daß das Schenkungsversprechen ein Schuldverhältniß erzeuge, aus dessen Natur auf einen bestimmten Erfüllungsort geschlossen werden könne. Ist aber nicht einmal Schenkung hierzu geeignet, so möchte doch wohl kaum ein anderes hierzu geeignetes Schuldverhältniß gefunden werden können, und man würde sich dann sagen müssen, daß die ganze Vorschrift über die Natur des Schuldverhältnisses als Bestimmungsgrund des Erfüllungsorts jede praktische Brauchbarkeit entbehre. Diese Betrachtung läßt es angezeigt erscheinen, die vom Entwurf über die Bestimmung des Erfüllungsorts aufzustellende Regel nicht in verschiedenen Abschnitten zu zersplittern, sondern ganz und voll in dem gewählten Titel vom Inhalt der Schuldverhältnisse zu geben.

Ueber den Erfüllungsort der Grundschuld (§ 1139) und namentlich über die Nothwendigkeit oder Räthlichkeit einer Abweichung von der allgemeinen Regel des Erfüllungsorts mögen sich diejenigen Herren Kollegen aussprechen, welche die Begutachtung des Sachenrechts übernommen haben.

Der Entwurf hat die Lehre vom Leistungsorte in folgenden wenigen Sätzen gegeben.

§ 229.

„Ist der Ort, an welchem die Leistung zu bewirken ist, weder durch Gesetz oder Rechtsgeschäft noch durch die Beschaffenheit der Leistung bestimmt, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, welcher der Natur des Schuldverhältnisses und dem muthmaßlichen Willen der Betheiligten entspricht."

§ 230.

„Läßt der Leistungsort sich auf Grund des § 229 nicht bestimmen, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, an welchem er zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

Besteht die Leistung in einer Geldzahlung, so hat der Schuldner an dem Orte zu zahlen, an welchem der Gläubiger zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Im Falle der Aenderung des Wohnsitzes des Gläubigers hat der Schuldner das Geld dem Gläubiger auf dessen Gefahr und Kosten nach dem gegenwärtigen Wohnsitze zu übersenden.“

Die Sprache des Entwurfs ist, wenngleich in § 230 etwas breit, doch fließend, und das Gesagte, abgesehen von dem Hinweis auf die Natur des Schuldverhältnisses und den muthmaßlichen Willen der Betheiligten, durchaus verständlich. Aber diese beiden Ausdrücke des § 229 sind, so lange sie nicht vom Gesetze selbst eine hinlängliche Erläuterung erfahren, für die Praxis gefährlich, indem sie bei ihrer großen Unbestimmtheit zu irrigen Resultaten oder zu voreiliger Anwendung der subsidiären Vorschriften des § 230 verleiten. Auch die Motive haben in dieser Hinsicht die erforderliche Aufklärung nicht gegeben.

Der Entwurf hat sich in einigen Beziehungen der handelsrechtlichen Lehre vom Erfüllungsort (Art. 324, 325 H. G. B.) angeschlossen, in andern ist er weiter gegangen und wieder in andern hat er sich ablehnend gegen sie verhalten. Er beruht zum Theil auf gemeinrechtlicher Doktrin, und hat Partikulargesetze und Gesetzesentwürfe in Betracht gezogen. Ich werde nur das Gemeine und das Handelsrecht berücksichtigen; die beiden andern Stützpunkte des Entwurfs, die in den Motiven angezogen sind, gewähren keine rechte Ausbeute.

II. Das bisherige Recht.

1. Das Gemeine Recht.

§ 2.

Die gemeinrechtliche Lehre vom Erfüllungsort hat ihre Grundlage im Römischen Rechte. In diesem hat mehrere Jahrhunderte hindurch eine geschichtliche Entwickelung der Lehre stattgefunden, einen vollkommenen Abschluß in demselben aber hat sie nicht erreicht. Es kann selbstverständlich nicht die Absicht sein, hier eine Darstellung

dieser römisch-rechtlichen Lehre zu geben, und die von der Doktrin gefundenen Resultate an der Hand der Quellen einer Prüfung zu unterziehen; unsere Aufgabe ist vielmehr die, ein Recht schaffen zu helfen, das unsern heutigen Rechtsanschauungen und den Bedürfnissen des heutigen Forderungsverkehrs entspricht, unbekümmert darum, wie es bei unseren Vorfahren beschaffen war. Allerdings wird eine wissenschaftliche Darstellung und Begründung der heutigen Rechtsanschauungen und Verkehrsbedürfnisse zu dem erfreulichen Resultate führen, daß wir uns der Hauptsache nach mit den im großen und kleinen Verkehr des römischen Volkes zum Bewußtsein gelangten Rechtsanschauungen in voller Uebereinstimmung befinden, allein es soll und darf doch bei unsern Untersuchungen kein römisch-rechtlicher Satz auch nur die geringste Autorität ausüben.

In der Doktrin besteht eine allgemeine Uebereinstimmung dahin, daß der Erfüllungsort mit Naturnothwendigkeit durch die Lage einer unbeweglichen Sache, im Uebrigen durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung bestimmt werden könne. Alles Uebrige ist bestritten. Das große streitige Material interessirt uns indessen nur insofern, als wir prüfen müssen, ob und in welchem Maße die verschiedenen Ansichten der Schriftsteller unseren heutigen Rechtsanschauungen und dem Bedürfniß des heutigen Verkehrs entsprechen. Daß eine oder die andere Ansicht im Rechtsbewußtsein unseres Volkes so tiefe Wurzeln gefaßt habe, daß wir lediglich auf Grund dieser Autorität von einer solchen Prüfung absehen müßten, davon kann keine Rede sein.

Die hauptsächlichsten Lehren der neueren Zeit sind etwa folgende:

1. Der Mangel einer Bestimmung über den Ort kann unter Umständen die Leistung völlig unbestimmt und die Obligation selbst ungültig machen, umgekehrt kann die Beschaffenheit der Leistung selbst den Ort stillschweigend geben. Ist keines von beiden der Fall, so ist der Ort der Klage der Ort der Erfüllung, nur geschieht die Herbeischaffung bei Forderungen auf individuell bestimmte Sachen, wenn sie sich ohne Dolus des Schuldners an einem andern Ort befinden, auf Gefahr und Kosten des Klägers. Will aber der Schuldner ohne Klage erfüllen, so muß er es natürlich bei dem Gläubiger thun.[3]

2. Ist der Erfüllungsort nicht bestimmt, so kann der Schuldner leisten, wo er den Gläubiger antrifft, nur nicht gerade an einem

[3]) Puchta, Pand. § 246.

offenbar unpassenden Orte, und muß da leisten, wo er mit wirksamer Klage darauf belangt wird. Wenn jedoch eine bestimmte Sache (species) Gegenstand der Forderung ist, und diese ohne Unredlichkeit und Verschulden des Verpflichteten an einem anderen Orte sich befindet, so hat Kosten und Gefahr ihrer Herbeischaffung der Gläubiger zu tragen[4]).

3. Ist ein festbestimmter Erfüllungsort nicht vorhanden, so ist zu untersuchen, an welchem Orte von den Parteien die Erfüllung gedacht und erwartet sein möge (stillschweigende Feststellung des Erfüllungsorts).

a) Bei Obligationen, welche aus einer fortgesetzten, zusammenhängenden, stets einen längeren Zeitraum erfüllenden, und zugleich mit einer bestimmten Oertlichkeit in Verbindung stehenden Thätigkeit entspringen — Geschäftsführung (wie Tutel, Curatel, Besorgung der Geschäfte eines Andern, Bank- und Kommissionsgeschäft) — ist die Erwartung der Parteien darauf gerichtet, daß am Ort der Geschäftsführung erfüllt werde.

b) Tritt der Schuldner an seinem Wohnsitze in eine Obligation ein, so erregt er die Erwartung, daß er auch da erfüllen werde.

c) Auch außerhalb seines Wohnsitzes kann Jemand in eine Obligation eintreten unter solchen Umständen, welche die natürliche Erwartung erregen, daß der Entstehungsort der Obligation zugleich ihr Erfüllungsort sein werde. In Ermangelung solcher Umstände wird der Wohnsitz des Schuldners als Erfüllungsort gedacht[5]).

4. Ist ein Erfüllungsort nicht bestimmt, so gilt zwar die Regel, daß die Erfüllung an jedem den Umständen nach für schicklich und geeignet zu betrachtenden Orte geschehen kann, aber mit folgenden Bestimmungen:

a) Die Umstände und die Natur oder der Gegenstand der Leistung können eine Bestimmung des Ortes derselben stillschweigend enthalten, oder als vorausgesetzt erscheinen lassen. Zum größten Theil ist das von thatsächlicher Natur, und also in Streitfällen Sache der Auslegung der Verträge und des Willens im Besonderen. Auf positiver Vorschrift aber beruht es, daß, wenn an einem gewissen Orte lagernde fungible Sachen Gegenstand einer Leistung werden, deren Erfüllung durch die Uebergabe an diesem Orte vorausgesetzt ist.

---

[4]) Arndts, Pand. (in den früheren Auflagen). § 221.

[5]) Savigny, System. Bd. 8. S. 210 ff.

b) Die Befugniß des Schuldners, nach dieser Regel zu erfüllen, dauert nur so lange, als er sich nicht darauf verklagen läßt, sonst ist der Ort der Klage der der Erfüllung. Sind aber bestimmte Sachen deren Gegenstand, welche sich ohne eine dabei thätig gewesene Arglist des Schuldners nicht an diesem Orte befinden, so können sie da, wo sie zur Zeit der Erhebung der Klage sind, geleistet werden, doch kann der Kläger verlangen, daß deren Lieferung am Orte der Klage geschehe, wenn er die Kosten der Herbeischaffung und die dabei stattfindende Gefahr übernehmen will.

Ob im Allgemeinen der Schuldner den schuldigen Gegenstand dem Gläubiger zu bringen, oder letzterer ihn von jenem abzuholen habe, ist zu beantworten nicht möglich[6]).

5. Ist der Erfüllungsort weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt, so wird er bestimmt durch die rechtliche und thatsächliche Natur der Obligation. Hierbei gilt die Regel, daß bei denjenigen Obligationen, welche nur einem ihrer Subjekte einen Vortheil gewähren, die Erfüllung an dem Orte stattfinden soll, an welchem sie ohne weitere Nachtheile für das belastete Subjekt geschehen kann. Eine Folge hiervon ist, daß bei Obligationen lediglich zum Vortheil des Gläubigers der Schuldner nur da zu leisten braucht, wo er ohne weiteren Nachtheil (ohne besondere Opfer zu bringen) leisten kann, und bei Obligationen lediglich zum Vortheil des Schuldners der Gläubiger die Leistung nur an dem Orte anzunehmen braucht, wo er sie ohne weiteren Nachtheil annehmen kann. Bei Obligationen zum Vortheil beider Theile hat jeder Schuldner nur bei sich zu erfüllen; er braucht nicht zu bringen, sondern der Gläubiger muß holen, und bei Obligationen, welche keinem Theile einen Vortheil gewähren, hat, je nachdem Schadensersatz oder nur Herausgabe der Bereicherung gefordert wird, der Schuldner beim Gläubiger bezw. bei sich zu erfüllen. Unter gewissen Umständen ist der Schuldner zum Schicken verpflichtet[7]).

---

6) Sintenis, Civilrecht. Bd. 2. § 92.

7) Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsort (1862). Reatz, Das Gemeine Deutsche Civilrecht. Bd. 2. Obl. R. § 121 ff. — Der obige Text giebt nur eine summarische Uebersicht der Regeln. Einzelnes, Anwendungen auf die einzelnen Schuldverhältnisse und Modifikationen finden sich in den erwähnten Schriften. — Im Wesentlichen ist diesen Prinzipien beigetreten Arndts, Pand. § 721 in den Auflagen nach 1862. Mehrfach einverstanden Burchard, Zur Lehre vom Erfüllungsorte. 1880.

6. Ist ein Leistungsort nicht bestimmt, so ist

a) der Schuldner verpflichtet zu leisten an jedem Ort, an welchem im Fall der Weigerung der Gläubiger gegen ihn eine Verurtheilung zu erlangen vermag und wirklich erlangt. Diese Regel erleidet jedoch Ausnahmen.

aa) Wenn die Forderung auf Uebergabe oder Vorweisung einer individuell bestimmten Sache oder Quantität gerichtet ist, so braucht der Schuldner nur an dem Orte zu leisten, wo der Leistungsgegenstand sich befindet, jedoch mit der doppelten Maßgabe, einmal, daß dieser Vortheil ihm nicht zu Gute kommt, wenn er den Leistungsgegenstand unredlicherweise an einen andern Ort gebracht hat, und sodann, daß er jedenfalls genöthigt werden kann, den Leistungsgegenstand, wenn der Gläubiger es verlangt, auf dessen Gefahr und Kosten an denjenigen Ort zu schaffen, an welchem der Gläubiger ihn gemäß der Regel fordern kann.

bb) Vermächtnisse brauchen nur an dem Orte ausgezahlt zu werden, wo sich der größere Theil der Erbschaft befindet.

Was die Berechtigung des Schuldners angeht, sich, wenn ein Leistungsort nicht festgesetzt ist, durch Leistung an einem bestimmten Ort zu befreien, so darf der Schuldner, wenn er das zu Leistende dem Gläubiger zu bringen hat, an jedem Orte leisten, wo er den Gläubiger findet, vorausgesetzt, daß der Ort kein unpassender ist; hat der Gläubiger zu holen, so darf der Schuldner an seinem Wohnort leisten[8]).

7. Bei Obligationen auf Lieferung individuell bestimmter Sachen wird der Erfüllungsort in folgender Weise bestimmt:

a) Bei gegenseitigen Obligationen ist er der Ort, an welchem sich die geschuldete (z. B. verkaufte) Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses befand. Doch kann der Gläubiger die an einen andern Ort gerathene Sache auch hier verlangen, und wenn der Schuldner die Sache dolos verschleppt hat, steigert sich das Recht des Gläubigers dahin, daß er Erfüllung überall verlangen kann, wo er den Schuldner vor einem competenten Richter belangt.

b) Wenn die Verpflichtung des Schuldners darin besteht, die geschuldete Sache so wie sie im Augenblick der Entstehung der Obligation ist, dem Gläubiger lediglich zu überlassen, so ist der Erfüllungsort da, wo sich die Sache im Augenblick der Entstehung der Obli=

[8]) Windscheid, Pand. Bd. II § 782.

gation befindet. Doch hat der Gläubiger auch hier das sub a erwähnte Nebenrecht (Legat und Schenkung).

c) Steht die geschuldete Sache unter einstweiliger Verwaltung des Schuldners, so ist ihr ordnungsmäßiger Aufenthaltsort Erfüllungsort. Auch hier hat der Gläubiger das erwähnte Nebenrecht.

d) Aus Delikt geschuldete Sachen können nach Wahl des Gläubigers überall gefordert werden, wo ein Gerichtsstand gegen den Schuldner begründet ist.

e) In allen übrigen Fällen kann der Gläubiger die Lieferung nur da verlangen, wo sich die geschuldete Sache befindet. Bei doloser Verschleppung hat der Gläubiger unter den Gerichtsständen des Schuldners die Wahl.

Zu diesen fünf Regeln kommen noch zwei Clauseln. Schuldet der Schuldner die Sache an einem von seiner Disposition unabhängigen Orte und gelangt sie ohne seine Schuld an einen anderen Ort, so bleibt ersterer immer noch Erfüllungsort; für den Schuldner schlechthin, für den Gläubiger wahlweise, doch braucht der Schuldner die Kosten des Transports nicht zu tragen. Ist der Aufenthaltsort von der Disposition des Schuldners abhängig, und jener für den Erfüllungsort maßgebend, so ist ausschließlich derjenige Ort Erfüllungsort, an dem sich die Sache nach Anordnung des Schuldners befindet.

Werden Quantitäten oder Sachen aus einer größeren individuell bestimmten Masse geschuldet, so sollen dieselben nach Analogie der individuell bestimmten Sachen behandelt werden. Für alle übrigen Obligationen gilt: Der Schuldner kann Leistung überall anbieten, nur nicht loco inopportuno. Der Gläubiger kann überall da Erfüllung verlangen, wo ein Gerichtsstand gegen den Schuldner begründet ist[9]).

8. Fehlt es an einer Bestimmung des Erfüllungsorts, so muß überall erfüllt werden, wo man angefordert wird, und überall darf man anfordern, wo man den Schuldner trifft; überall darf man auch leisten, wo man den Gläubiger trifft, Alles mit der Schranke der Schicklichkeit. Individuell bestimmte Sachen werden da geleistet, wo man die Sache trifft. Arglistige Veränderung der Sachlage befreit den Gläubiger vom Ort der Sache, er kann diese überall verlangen, wo er den Schuldner trifft oder verklagt[10]).

---

[9]) Schulin, Zur Lehre vom Erfüllungsort. 1879.

[10]) Brinz, Pand. Bd. 2. S. 451 ff.

9. Ist der Erfüllungsort nicht fixirt, so kann der Schuldner an jedem nicht unpassenden Orte leisten, also namentlich an seinem Wohnorte. Findet sich der Gläubiger auf Auffordern des Schuldners an dem von diesem erwählten tauglichen Leistungsorte nicht ein, so kommt er in Verzug. Der Gläubiger seinerseits kann den Erfüllungsort, wenn der Schuldner nicht leistet, in Gestalt des Klageortes dadurch fixiren, daß er in einem Gerichtsstand des Schuldners Klage erhebt. Diese Sätze sind nicht für den Fall bestimmt, daß es sich um eine Lieferung oder Herausgabe einer bestimmten Sache handelt. Denn sie hat regelrecht da zu geschehen, wo sie sich — und zwar ohne Verschulden des Schuldners — gerade befindet[11]).

2. Das Handelsrecht.

§ 3.

Das Handelsgesetzbuch hat Bestimmungen getroffen über den Erfüllungsort im Allgemeinen und beim Kauf insbesondere. Nach Art. 324 muß die Erfüllung des Handelsgeschäfts an dem Ort geschehen, welcher im Vertrage bestimmt oder nach der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Kontrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so hat der Verpflichtete an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Wenn jedoch eine bestimmte Sache übergeben werden soll, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Kontrahenten an einem andern Orte befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte. Bei Geldzahlungen (Art. 325), mit Ausnahme der Auszahlung von indossablen oder auf Inhaber lautenden Papieren, ist der Schuldner verpflichtet, wenn nicht ein anderes aus dem Vertrage oder aus der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Kontrahenten hervorgeht, auf seine Gefahr und Kosten die Zahlung dem Gläubiger an dem Ort zu übermachen, an welchem der letztere zur Zeit der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Durch diese Bestimmung wird jedoch der gesetzliche Erfüllungsort des Schuldners (Art. 324) in Betreff des Gerichtsstandes oder in sonstiger Beziehung nicht geändert.

Bei Kaufe heißt es in Art. 342: Hinsichtlich des Orts der Erfüllung der Verbindlichkeiten des Verkäufers und des Käufers

[11]) Dernburg, Pand. Bd. 2. S. 90 f.

kommen die Bestimmungen des Art. 324 Abs. 1 zur Anwendung. Die Uebergabe der Waare geschieht, wenn aus diesen Bestimmungen sich nicht ein anderes ergiebt, an dem Orte, wo der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte. Wenn jedoch eine bestimmte Sache verkauft ist, welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Kontrahenten an einen andern Ort befand, so geschieht die Uebergabe an diesem Orte. Der Kaufpreis ist bei der Uebergabe zu entrichten, sofern nicht ein anderes durch die Natur des Geschäfts bedingt oder durch Vertrag oder Handelsgebrauch bestimmt ist. Im Uebrigen kommt die Bestimmung des Art. 325 auch in Bezug auf diese Zahlung zur Anwendung[12].

III. Bestimmungsgründe des Erfüllungsorts.

1. Allgemeines.

§ 4.

Unsere Hauptthätigkeit gilt der Aufsuchung und Begründung eines Erfüllungsorts für diejenigen Fälle von Schuldverhältnissen, in welchen weder durch die Unbeweglichkeit des Leistungsgegenstandes, noch durch die maßgebende Willenserklärung von Seiten der Betheiligten ein Erfüllungsort bestimmt ist. Zunächst aber ist die Vorfrage zu untersuchen, ob denn das Gesetz überhaupt nöthig hat, dieserhalb Bestimmungen zu treffen, oder dem Richter zu empfehlen, im Einzelfall wissenschaftliche Untersuchungen über die Natur des concreten Schuldverhältnisses anzustellen, um hieraus zu einem bestimmten Erfüllungsorte zu gelangen. Wenn man auch nicht geneigt sein wird, der Unbestimmtheit des Erfüllungsorts die Wirkung der Unausführbarkeit eines Vertrags beizulegen, so hat doch, wie die Erfahrung lehrt, die Ansicht Vertreter gefunden, daß man die Findung des Erfüllungsorts getrost den am Schuldverhältniß Betheiligten überlassen könne, indem sich derselbe einfach schon durch den Rechtssatz ergebe, daß beim Anfordern der Leistung durch den Gläubiger der Schuldner zur sofortigen Leistung, und beim Anbieten der Leistung durch den Schuldner der Gläubiger zur sofortigen Annahme derselben verpflichtet sei, und

[12]) Sowohl das Reichs-Ober-Handelsgericht, wie das Reichsgericht haben die handelsrechtliche Lehre vom Erfüllungsorte in vielfacher Hinsicht auszubauen und festzustellen gesucht. Es ist indessen hier nicht geboten, auf die höchstrichterliche Rechtsprechung des Näheren einzugehen, weil unsere Untersuchung sich vorzugsweise mit dem bürgerlichen Rechte zu beschäftigen hat.

daß folglich der Schuldner da erfüllen müsse, wo der Gläubiger ihn persönlich antreffe und von ihm fordere, und der Gläubiger da annehmen müsse, wo ihm der Schuldner persönlich die Leistung anbiete. Zur Unterstützung dieser Ansicht könnte man sich auf die Analogie der Erfüllungszeit berufen, da ja auch im Falle unbestimmt gelassener Erfüllungszeit der Gläubiger jederzeit fordern und der Schuldner jederzeit anbieten könne. Allein Erfüllungszeit und Erfüllungsort sind doch wesentlich verschiedene Dinge. Es ist ein großer Unterschied, ob sich der Schuldner zu jeder Zeit, oder ob er sich an jedem Orte zur Erfüllung bereit halten muß. Dort bedarf er nur der Bereitstellung einer Leistung, hier müßte er so viele Leistungen bereit halten, als es Orte giebt, an denen er sich einmal vom Gläubiger betreten ließe. Jene Ansicht von der Abhängigkeit des Erfüllungsorts vom persönlichen Zusammentreffen des Gläubigers und Schuldners ist, selbst abgesehen von dem dadurch indicirten Versteckenspielen des Schuldners, im Leben ganz unausführbar. Dies haben ihre Vertreter denn auch gefühlt und das Prinzip dahin eingeschränkt, daß nur nicht an einem ganz ungeeigneten Orte (inopportuno loco) gefordert und angeboten werden dürfe. Damit ist aber das Prinzip entweder völlig unbrauchbar gemacht oder völlig umgestoßen. Denn wenn man das persönliche Fordern des Gläubigers an einem nicht ungeeigneten Orte verlangt, so wird sich der Gläubiger auf die Jagd nach dem Schuldner begeben müssen, und dieser wird alle einigermaßen geeigneten Orte zu vermeiden suchen. Verlangt man aber nicht die persönliche Anwesenheit beider an einem Orte, verlangt man vielmehr blos die Erfüllung des Schuldners an einem ihm geeigneten Orte, so legt man eben auf den Forderungsort keinen Werth mehr. Dann aber wird die Wahl des Erfüllungsorts auf einen sehr kleinen Kreis von Orten beschränkt, indem nach der Auffassung des Verkehrslebens nur sehr wenige Orte als zur Leistung des Schuldners und zur Annahme derselben durch den Gläubiger geeignet sich erweisen. Man braucht, um das Ungeeignete einer Oertlichkeit zu empfinden, nicht gerade an sehr grobe Beispiele einer Leistung zu denken, wie etwa, daß ein Gläubiger von seinem Schuldner, mit dem er auf einer Vergnügungsreise in einem fremden Lande zusammentrifft, die Rückzahlung eines Darlehns von einigen Tausend Mark verlangt, man denke nur daran, daß die Rückzahlung eines, das gewöhnliche Taschengeld überschreitenden Betrags eines Darlehns bei gelegentlichem Zusammensein in einem Wirthshause des gemeinschaftlichen Wohnorts

gefordert wird, ja dieser Ort ist, wie viele andere, ein für die Erhebung von Forderungen oder das Anbieten von geschuldeten Geldzahlungen mit Ausstellung von Quittungen und Notizen über Zahlungsempfänge höchst ungeeigneter Ort. Bei näherem Nachdenken wird man sich überzeugen, daß nur die Wohnung oder das Kassenlokal des Gläubigers oder Schuldners Orte sind, die sich zur Vornahme solcher Rechtsgeschäfte eignen.

Die Vorfrage wird somit im Interesse der Ordnung im Verkehrsleben dahin zu entscheiden sein, daß das Gesetz selbst die Momente der Bestimmbarkeit des Erfüllungsorts der Schuldverhältnisse bezeichne. Da der Ort der Leistung ein Bestandtheil derselben ist, oder doch jedenfalls zum Inhalt eines Schuldverhältnisses gehört, so fragt es sich, ob wohl die von der Bestimmung eines unbestimmt gelassenen Bestandtheils der Leistung oder Theils des Inhalts eines Schuldverhältnisses geltenden Rechtsregeln auch zur Bestimmung des unbestimmt gelassenen Erfüllungsorts verwendet werden können. Hierbei muß nun augenscheinlich zunächst davon abgesehen werden, die nachträgliche Bestimmung des Erfüllungsorts dem billigen Ermessen oder gar der Willkür eines der Betheiligten, des Gläubigers oder Schuldners, oder eines Dritten zu überlassen. Wollte das Gesetz diese Bestimmung dem richterlichen Ermessen überlassen, so würde damit zwar ein gewisses Maß von, der Gerechtigkeit entsprechender Bestimmtheit erreicht, allein einestheils wüßten die Betheiligten vor Anrufung richterlicher Hülfe nicht, wo zu erfüllen sei, und anderntheils müßte das Gesetz doch ein ausreichendes Maß von Thatsachen und Umständen geben, worauf sich das richterliche Ermessen stützen solle. Denn mit dem bloßen Rechtssatze: „Im Falle unbestimmt gelassenen Erfüllungsorts hat das Gericht denselben nach billigem Ermessen zu bestimmen," kann man gar nichts anfangen. Auf bloße Thatsachen und thatsächliche Umstände kann sich aber das richterliche Ermessen auch nicht gründen, es müssen rechtliche Gesichtspunkte aufgesucht werden, welche den Richter im Gewirre der Thatsachen zu leiten im Stande sind. Diese zu suchen und zu finden, kann dem Richter nicht überlassen werden, sie müssen, soweit es überhaupt möglich ist, vom Gesetz bezeichnet werden. Der bisherige, so sehr verworrene Stand unserer Lehre in der Doktrin und Praxis ist ein sprechender Beweis dafür, wie nothwendig es ist, daß das Gesetz hier Klarheit schaffe und eingehende und das ganze Gebiet der Lehre umfassende Bestimmungen treffe.

Die Schwierigkeiten, welche sich bei Aufsuchung der Erfüllungsorte der einzelnen Schuldverhältnisse dem Gesetzgeber entgegenstellen, sind übrigens nicht unüberwindlich. Die nothwendige Klarheit ergiebt sich sofort, wenn man zur Erkenntniß des wirthschaftlichen Wesens des Erfüllungsorts überhaupt gelangt, und damit die wirthschaftliche und rechtliche Natur der einzelnen Schuldverhältnisse in Vergleich bringt. Bei der Betrachtung jenes wirthschaftlichen Wesens ergiebt sich, daß es nur wenige Arten von Orten sind, die sich zu Erfüllungsorten überhaupt eignen, und unter denen der Gesetzgeber die Auswahl zu treffen hat, und bei der Betrachtung dieser Natur der Schuldverhältnisse ergeben sich unschwer die rechtlichen Prinzipien, die den Gesetzgeber bei der Auswahl unter diesen Orten leiten müssen. Dabei wird man im großen Ganzen noch zu unterscheiden haben den Inhalt der Schuldverhältnisse, wie er zur Zeit der Entstehung derselben beschaffen war, und den Inhalt, wie er im Laufe des Bestands eines Schuldverhältnisses geworden ist.

2. Das wirthschaftliche Wesen des Erfüllungsorts.

§ 5.

Mit der Zugrundelegung des wirthschaftlichen Wesens des Erfüllungsorts bei der Auswahl desselben in den Fällen des unbestimmt gelassenen Erfüllungsorts führt der Gesetzgeber keineswegs ein neues Moment ein, sondern dasselbe beherrscht überhaupt dieses Rechtsinstitut. Der Erfüllungsort greift in die wirthschaftlichen Interessen der am Schuldverhältniß Betheiligten ein, seine Fixirung regelt deren Bedürfnisse und Interessen. Dies erweist sich zunächst bei den Leistungen, welche eine unbewegliche Sache zum Gegenstande haben, da in vielen Verkehrsfällen nicht die unbewegliche Sache an sich, sondern der Ort ihrer Lage, wie beispielsweise der an einer verkehrsreichen Straße gelegene Bauplatz, den Gegenstand des Hauptinteresses der Betheiligten bildet. Auch die vertragsmäßige Bestimmung eines Erfüllungsortes hat die Regulirung der wirthschaftlichen Interessen der Betheiligten zum Zweck. Der Berliner Käufer von 1 000 Tonnen Weizen, die das verkaufende Haus von New-York nach Berlin senden soll, hat ein sehr wesentliches pekuniäres Interesse daran, daß die Lieferung in Berlin erfolge, und umgekehrt hat dieses ein sehr wesentliches Interesse daran, daß es nur in New-York zu liefern habe, und die Sendung auf Gefahr und Kosten des Käufers nach Berlin erfolge. Kommen Beide überein, daß Berlin Erfüllungs-

ort sei, so werden in dieser Beziehung die Interessen des Käufers vorzugsweise gewahrt, und das verkaufende Haus muß die Wahrung seiner Interessen auf anderem Wege, wie etwa in der Erhöhung des Kaufpreises suchen. Es kann daher nicht befremden, wenn das Gesetz bei unbestimmt gelassenem Erfüllungsort ganz dasselbe thut, wie die Vertragsschließenden, nämlich die wirthschaftlichen Interessen der Betheiligten zu Grunde legt.

Dieses wirthschaftliche Interesse ist nunmehr, soweit als erforderlich, darzustellen, und zwar zunächst bei den Sachleistungen im Allgemeinen, d. h. bei den geschuldeten Uebertragungen körperlicher Gegenstände von Seiten des Schuldners an den Gläubiger, mögen sie zugleich Eigenthum, Besitz, ein dingliches Recht oder den bloßen Gebrauch mitübertragen, oder mögen sie geschuldete Hingaben oder Zurückgaben sein.

Der Ort, wo sich eine Sache befindet oder wo sie übertragen werden soll, an sich betrachtet, d. h. der Raum, den sie ausfüllt oder ausfüllen soll, ist nur ein geometrischer Begriff und hat für sich allein keinen wirthschaftlichen Werth. Wohl aber knüpft sich an ihn und konzentrirt sich um ihn örtlich in mehr oder weniger enger Verbindung eine Reihe von neben einander bestehenden wirthschaftlichen Thatsachen und Umständen. Tritt die Sache in ihn ein, so tritt sie in die Gesammtheit dieser Thatsachen und Umstände ein, durch welche ihr wirthschaftlicher Werth beeinflußt und bestimmt wird. Es verhält sich dies, wie mit der Zeit. Auch die Zeit an sich ist keine wirthschaftliche Kraft, und wenn wir von dem schaffenden, zerstörenden oder lindernden Einflusse der Zeit reden, so ist es nicht die Zeit selbst, sondern die Gesammtheit der in einem gewissen Zeitraume nach einander auftretenden und wirkenden Thatsachen und Umstände, welche wir eigentlich meinen. Spricht man von dem hohen Werth der Lage einer Stadt, eines Wohnhauses, eines Geschäfts-Etablissements, so versteht man darunter die Gesammtheit der Verkehrsthatsachen, die vorzüglich geeignet sind, die Bedürfnisse der Einwohner dieser Stadt, des Eigenthümers des Wohnhauses und des Inhabers des Geschäfts ausreichend, rasch und sicher zu befriedigen. Fragt man: wo befindet sich eine Sache, so heißt dies ins Wirthschaftliche übersetzt: in welchen wirthschaftlichen Verhältnissen und Beziehungen befindet sie sich; und fragt man: wohin soll eine Sache gebracht werden, so heißt dies wirthschaftlich gedacht: in welche Umstände, Verhältnisse und Beziehungen soll sie gebracht werden. Durch diese

lokalisirten wirthschaftlichen Thatsachen allein gewinnt der Ort der Lage einer Sache und der Ort, wohin sie gebracht werden soll, mag nun jener oder dieser der Erfüllungsort sein, ein wirthschaftliches Interesse und nur insofern spricht man von einem wirthschaftlichen (und demnächst von einem rechtlichen) Interesse des Erfüllungsorts. Soll dieser, weil er bei der Begründung des Schuldverhältnisses unbestimmt gelassen worden ist, aufgesucht werden, so müssen die nach der Natur des Schuldverhältnisses maßgebenden wirthschaftlichen Umstände und Beziehungen und diejenigen Oertlichkeiten aufgesucht werden, an welchen diese zur Erscheinung gelangen. Der auf diese Weise gefundene Ort ist dann der obligationsmäßige Erfüllungsort.

Die Bedürfnisse der Menschen, insofern sie überhaupt durch die natürlichen Eigenschaften der beweglichen körperlichen Sachen befriedigt werden können, haben vorzugsweise deren Gebrauch, Nutzung und Verbrauch in ihren außerordentlich mannigfaltigen Formen und Arten zum Gegenstande, und es ist eine sehr einleuchtende Wahrheit, daß diese Bedürfnißbefriedigung nur am Ort der momentanen Lage der Sache stattfinden kann. Gebrauchs-, Nutzungs- und Verbrauchsort fallen mit dem Ort der Lage der Sache, ihrem nackten Aufenthaltsorte zusammen. Betrachtet man diesen Ort in seiner Beziehung zum Willen des Eigenthümers oder ausschließlichen Besitzers der Sache, — und nur mit diesem Verhältniß haben wir es bei der Lehre vom Erfüllungsorte zu thun —, so erblickt man sofort zwei von einander verschiedene Klassen von Aufenthaltsorten einer Sache, denen in unserer Lehre rechtliche Bedeutung zukommt; die eine wird von dem Aufenthaltsort als Bedarfsort, die andere vom zufälligen Aufenthaltsort gebildet. Der Bedarfsort ist der Ort, wo ein in die Erscheinung tretendes Bedürfniß mit dem Willen des Eigenthümers oder Besitzers befriedigt werden soll, und der zufällige Aufenthaltsort der Ort, wo sich die Sache ohne seinen Willen befindet, wohin sie durch ein zufälliges Ereigniß gelangt ist, mag dasselbe ein Elementarereigniß, höhere Gewalt oder die rechtswidrige Handlung eines Dritten oder eines am Schuldverhältniß Betheiligten sein (z. B. ein Schiff wird durch Sturm verschlagen, Waaren werden vom Feinde mit Beschlag belegt, die hinterlegte Sache wird dem Verwahrer gestohlen oder die verliehene Sache vom Entleiher unterschlagen und an einen anderen Ort verbracht).

Beim Bedarfsort ergeben sich zwei Unterabtheilungen. Derselbe ist entweder der Standort einer Sache oder der Ort des vor-

übergehenden Aufenthalts zum Zweck der Befriedigung einzelner Bedürfnisse. Der Standort ist eine wirthschaftliche Nothwendigkeit. Es ist nämlich ein natürliches Bestreben des Menschen, seine Sachen zum Zweck der Befriedigung seiner gesammten Bedürfnisse an denjenigen Ort zu bringen und hier niederzulegen, zu stellen, zu setzen, zu hängen oder zu stecken, wo letztere reell in die Erscheinung treten, und es entspricht seinem wirthschaftlichen Interesse, sie dauernd an diesem Orte ihres Bedarfs zu haben und zu besitzen, und zum Zweck der Bedürfnißbefriedigung gegen äußere oder innere nachtheilige Einflüsse in geeigneter Weise zu bewahren. Würde sie sich während einer konstanten Bedarfszeit an einem anderen Orte befinden, so würde die Bedürfnißbefriedigung darunter leiden, und wäre nur ein zeitweiser Bedarf nöthig, so würde ihr jedesmaliges Zurückbringen an den Bedarfsort mit Arbeit, Mühe, Zeitverlust, Kosten und sonstigen wirthschaftlichen Nachtheilen verbunden sein, die im Interesse einer ordnungsmäßigen Wirthschaft von jedem Besitzer vermieden werden müssen. Daraus ergeben sich die naturgemäßen wirthschaftlichen Standorte der beweglichen Sachen von selbst. So ist der natürliche Standort des beweglichen Zubehörs eines Wohnhauses in diesem oder seinen Nebenräumen, die zum Betrieb der Landwirthschaft gehörenden Geräthe müssen auf dem Gutshofe untergebracht werden, das Mobiliar und der Hausrath einer Familie findet in der Wohnung seine Unterkunft, das Brennholz im Holzstall, das Faß Wein im Keller, der Waarenvorrath des Kaufmanns im Magazin, auf dem Lager oder im Laden, die Gelder und Werthpapiere des Privatmanns in der Wohnung, die des Kaufmanns im Kassenlokal oder Comptoir, kurz, für jede Vermögenssache findet sich ein naturgemäßer Stand- oder Unterkunftsort. Der Besitzer ist es, der diesen ihren Standort bestimmt, wo sie dauernd seinen Bedürfnissen dienen soll. Eine zeitweilige Entfernung derselben von diesem Orte hebt ihren Standort nicht auf, wenn sie nach der Absicht des Besitzers nach Erreichung des mit der zeitweiligen Entfernung verbundenen Zwecks wieder dahin zurückkehren soll. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Besitzer auf eine Vergnügungsreise geht und Kleider, Wäsche und dergleichen mitnimmt, aber auch, wenn er einem Freunde in derselben oder einer entfernten Stadt ein Buch leiht, oder wenn er, auf Reisen gehend, Geld und Werthpapiere beim Banquier deponirt, oder wenn der Lohnkutscher Pferde und Wagen verleiht oder der Rentner Geldkapitalien als Darlehn hinausgiebt. In allen diesen

Fällen hat die Sache gleichsam das natürliche Bestreben, demnächst wieder an ihren Standort zurückzukehren. Mag auch im einzelnen Falle der Besitzer bei der Entfernung seiner Sache von ihrem Standort den Entschluß der Zurückbringung dahin nicht besonders gefaßt haben, so entspricht diese Zurückbringung doch so sehr der ganzen wirthschaftlichen Lage des Besitzers und der bisherigen Gewohnheit des Hinausgebens und Zurückbringens, daß der auf Rückbringung der Sache gerichtete Wille des Besitzers auch im Einzelfall als selbstverständlich erscheint. Es ist dies gerade so, wie beim Wohnsitz des Menschen, welcher aufrecht erhalten wird, auch wenn letzterer auf eine Vergnügungs- oder Geschäftsreise sich begiebt.

Der Besitzer einer Sache kann aber auch ihren Standort verändern oder verlegen, theils indem er sich eine neue Wohnung in derselben oder einer anderen Stadt sucht und seine Habe dahin mitnimmt, theils indem er sie veräußert und dadurch aus dem Kreise seiner Bedürfnißgegenstände ausscheidet. Der ursprüngliche Standort ist aufgegeben in dem Moment, in welchem die Sache in Uebereinstimmung mit der Verlegungsabsicht des Besitzers ihren bisherigen Ort verläßt, und ein neuer Standort ist erst dann begründet, wenn die Sache nach Maßgabe der Absicht des Besitzers bezw. Erwerbers am Bestimmungsorte eingetroffen ist. Bis dahin entbehrt sie eines Standorts, sie befindet sich während dieser Zeit des Transports auf der Reise, und der jeweilige Ort, wo sie sich befindet, ist zwar kein zufälliger Ort, auch nicht Bedarfsort, wohl aber ein vorübergehender Aufenthaltsort von wirthschaftlicher Bedeutung insofern, als er eine Vorstufe für den neuen Standort ist und einen Schutz gegen äußere Gefahren abgeben kann.

Es gibt eine Reihe von Sachen, die, obwohl mit einem bestimmten Standorte versehen, hie und da dazu berufen werden, gewisse an einem bestimmten anderen Orte in die Erscheinung tretende wirthschaftliche Einzelbedürfnisse zu befriedigen, und zu diesem Zwecke an letzteren Ort verbracht werden, hier zeitweise sich aufhalten und nach vollendeter Bedürfnißbefriedigung wieder an ihren Standort zurückgebracht werden sollen. Dies ist der Ort des vorübergehenden Aufenthaltes zum Zweck der Befriedigung einzelner Bedürfnisse. Er ist nicht ein zufälliger Aufenthaltsort, sondern ein wahrer Bedarfsort, unterscheidet sich aber vom Standort der Sache dadurch, daß er der Sache keine bleibende Heimstätte, sondern nur einen zeitweisen Aufenthalt gewährt und daß nicht die Gesammtbedürfnisse des Be-

sitzers, sondern nur einzelne Bedürfnisse an ihm befriedigt werden sollen. Auch dieser Ort hat zwei Unterabtheilungen. Denn die Sache dient an ihrem vorübergehenden Aufenthaltsorte entweder nur dem Interesse des Besitzers, so die auf die Reise mitgenommenen Utensilien, wie Kleidung, Wäsche, Koffer u. s. w., die durch Hinterlegungsvertrag zur Aufbewahrung übergebenen Sachen und Gelder, und die durch Auftrags- oder Dienstvertrag zur Ausbesserung hingegebenen Gegenstände, oder sie dient dem Interesse eines Dritten, so die zu unentgeltlichem oder entgeltlichem Gebrauch überlassene und die zur Besichtigung mitgetheilte Sache.

Soll eine Sache veräußert werden, für welche der Erwerber einen Standort bestimmt hat, an welchem er sie zu gebrauchen, zu nutzen oder zu verbrauchen gedenkt, so ist dieser Bedarfsort so lange, als sie auf der Reise dahin begriffen ist, ihr Bestimmungsort. Würde also z. B. ein Kaufvertrag, gleichviel an welchem Orte, über eine Sache geschlossen, die ihren, beiden Kaufschließenden bekannten Standort in Berlin hat, und die nach der dem Verkäufer bekannten Absicht des Käufers demnächst ihren Standort in Frankfurt haben soll, so ist Frankfurt ihr Bestimmungsort; bis zu ihrem Scheiden von Berlin hat sie hier noch ihren Standort, jeder Ort der Reise, wo sie sich gerade befindet, ist ihr vorübergehender Aufenthaltsort und erst mit ihrer endgültigen Ankunft in Frankfurt wird hier ihr neuer Standort begründet.

So sehen wir, daß bei Sachleistungen vier Orte für die Erfüllung eines Schuldverhältnisses für die Betheiligten von Interesse sein können, der Standort, der Bestimmungsort, der Ort des vorübergehenden Aufenthalts zum Zweck der Befriedigung einzelner Bedürfnisse und der zufällige Aufenthaltsort der Sache. Andere Orte haben für die Betheiligten kein Interesse, und es hat somit das Gesetz bei der Bestimmung des Erfüllungsorts die Auswahl nur unter diesen vier zu Erfüllungsorten sich eignenden Orten, und es kann insbesondere nicht einen Ort wählen, der für keinen Betheiligten ein Interesse hat.

Nun stößt aber das Gesetz bei seiner Auswahl auf widerstreitende, an und für sich gleichberechtigte Interessen der Betheiligten. Es liegt, da die möglichste Verhütung von Nachtheilen einer der ersten Grundsätze der Privatwirthschaft ist, im wirthschaftlichen Interesse Desjenigen, der in Folge eines Rechtsgeschäfts eine Sache hinauszugeben verpflichtet ist, sie nur an ihrem Standorte geben zu müssen,

und Desjenigen, der sie zu empfangen berechtigt ist, sie an dem von ihm in Aussicht genommenen Bedarfsorte empfangen zu können. Dies gilt nicht blos von den Geschäften mit definitiver Ausscheidung der Vermögensgegenstände einerseits und definitivem Erwerb derselben andererseits (Kaufgeschäfte), sondern auch von den Hin- und Zurückgabegeschäften. Wer ein Buch zu verleihen verspricht, hat ein wirthschaftliches Interesse daran, daß er es nur an dessen Standort dem Entleiher übergebe (daß also dieser es abhole), und wenn er es geliehen hat, daß es der Entleiher nach gemachtem Gebrauche wieder am Standort zurückgebe (daß also dieser es wieder zurückbringe), während das wirthschaftliche Interesse des Entleihers ein gerade entgegengesetztes ist, nämlich, daß der Verleiher das Buch ihm bringe und nach gemachtem Gebrauche am Gebrauchsorte wieder abhole.

Der Tausch- oder Kaufwerth einer Gattungssache ist bei im Uebrigen gleicher Beschaffenheit erfahrungsmäßig häufig an verschiedenen Orten ein verschiedener. Er kann am Wohnorte oder am Orte der Handelsniederlassung des Schuldners (Standort) höher oder niedriger sein, als am Bedarfsorte des Gläubigers (Bestimmungsort). Diese Verschiedenheit ist die Folge einer Reihe von wirthschaftlichen Umständen, die an beiden Orten nach Zahl und Gewicht verschieden sind. Beispielsweise ist hier im Vergleich zu dort das Bedürfniß nach jener Sache ein allgemeineres und dringlicheres, hier tritt dieselbe Sachgattung nur in geringer, dort in großer Zahl auf, hier sind die Produktionskosten höher wie dort, hier ist in Folge besserer Vermögensverhältnisse des Publikums die Kaufkraft eine allgemeinere und stärkere wie dort, hier herrscht Leichtsinn und Verschwendung, dort Bedächtigkeit und Sparsamkeit, hier ist die Nachfrage größer, das Angebot seltener wie dort, hier bestehen Verkäufer-Verbindungen, Spekulationen, Reklamen und sonstige künstliche Preiserhöhungsmittel, während dort der Verkehr einen ruhigen und natürlichen Verlauf nimmt. Braucht also der Schuldner die geschuldete Gattungssache nur an seinem Wohnorte oder am Ort seiner Handelsniederlassung zu übergeben, so könnte er sie hier mit viel geringeren Kosten anschaffen, als wenn er genöthigt wäre, sie behufs Uebergabe am Bedarfsort des Gläubigers daselbst anzuschaffen, und der Gläubiger würde bei der Lieferung der Sache an seinem Bedarfsorte einen höheren Werth erhalten, als er haben würde, wenn er sie am Wohnort oder an der Handelsniederlassung des Schuldners in Empfang genommen hätte.

Der Transport der geschuldeten Sache von ihrem Standort an den Bedarfsort ist stets mit einem gewissen Aufwand von Mühe, Arbeit, Zeitverlust und Kosten verbunden. Die Größe dieses Aufwandes richtet sich nach Art und Zahl der Widerstände, welche sich im Einzelfall der geplanten Raumüberwindung entgegenstellen, beispielsweise nach Umfang, Gewicht und Widerstandsfähigkeit der Sache, nach Art der Verpackung, nach der Entfernung zwischen beiden Orten, nach der Natur der Transportmittel (Schiffe, Eisenbahnen, Landfuhrwerk, Lastträger u. dgl.), der Häufigkeit der Umladung, nach Zöllen, Abgaben und zahlreichen anderen Thatsachen und Umständen, welche für den Transportanten mit wirthschaftlichen Nachtheilen verbunden sind. Auch in dieser Beziehung sind also die Interessen der Betheiligten entgegengesetzte; es entspricht dem wirthschaftlichen Interesse des Schuldners, die geschuldete Sache an ihrem Standorte zu leisten, während das wirthschaftliche Interesse des Gläubigers ihre Leistung an seinem Bedarfsorte erlangt.

Hat der Schuldner im Einzelfall die Gefahr der geschuldeten Sache bis zu ihrer Uebertragung zu tragen, so gehen alle kasuellen Verluste und Beschädigungen der Sache während des Transports auf seine Rechnung. Neben den Naturereignissen und höheren Gewalten, die je nach dem Grade der Sicherheit oder Unsicherheit der zurückzulegenden Strecken (Meere, Gebirge, Wüsten, Wildnisse und civilisirte Länder, Krieg, Blockade, Räuberwesen, Friede und gute Polizei), spielen die Unredlichkeiten und Fahrlässigkeiten der beim Transport beschäftigten Personen eine große Rolle. Wenngleich in Folge gesetzlicher Bestimmungen gewisse Personen haftbar sind, so giebt es doch eine Menge streitiger Gebiete, auf welchen der Absender im Fall eines Verlustes oder einer Beschädigung zur Ermittelung der Schuld und des Schuldigen viel Zeit, Mühe und Kosten aufwenden muß. Auch hier sind die wirthschaftlichen Interessen der Betheiligten bezüglich des Orts der Leistung entgegengesetzte.

Werden geschuldete Geldsummen versendet oder ist das für die Lieferung der Sache geschuldete Geldäquivalent erst mit Ankunft derselben am Erfüllungsorte fällig, so büßt der Absender den Nutzen und jedenfalls die Zinsen seines Geldes während der ganzen Dauer des Transports der Sache ein.

Die Obligation des Schuldners erlischt nicht schon im Moment der Absendung, sondern erst mit der Empfangnahme der Sache am Erfüllungsorte, mithin verbleiben bis dahin die Bürgschaften und

Pfandrechte in Kraft, und die Konventionalstrafe verfällt bei nicht rechtzeitiger Ankunft der Sache am Erfüllungsort.

Dies sind im Wesentlichen die wirthschaftlichen Nachtheile des Schuldners und Vortheile des Gläubigers, wenn die geschuldete Sache am Bedarfsort des Gläubigers geleistet werden muß, und die wirthschaftlichen Vortheile des Schuldners und Nachtheile des Gläubigers, wenn sie an ihrem Standorte geleistet werden darf. Ihre Gesammtheit als Ganzes bildet das wirthschaftliche Wesen des Erfüllungsorts, und damit ist völlig verträglich, daß einzelne Nachtheile durch Vereinbarung oder Gesetz dem Schuldner abgenommen und dem Gläubiger aufgebürdet werden. Es ist wie beim Eigenthumsbegriff. Der Eigenthümer kann gewisse wirthschaftliche Nutzungen seiner Sache ablösen, als dingliche Rechte bestellen und damit, unbeschadet der Existenz seines Eigenthums, dieses beschränken. So kann auch unbeschadet des Begriffs des Erfüllungsorts der Gläubiger die Kosten des Transports der Sache von ihrem Standort an den Erfüllungsort, wie umgekehrt der Schuldner die Kosten des Transports vom Erfüllungsort an den Bedarfsort des Gläubigers übernehmen[13]).

Auch der Ort, wo geschuldete Dienste geleistet werden oder geleistet werden sollen, hat für sich allein keinen wirthschaftlichen Werth, er erhält einen solchen nur dadurch, daß an ihm eine Reihe von wirthschaftlichen Thatsachen und Umständen bestehen, mit welchen diese Dienste in eine gewisse wirthschaftliche Verbindung treten. Es giebt eine Kategorie von Diensten und körperlichen Arbeiten, welche unmittelbar an unbeweglichen Sachen vorgenommen werden, wie die Errichtung und Ausbesserung von Gebäuden (Maurer-, Zimmer-, Schreiner-, Schlosser-, Dachdecker- u. dergl. Arbeiten), Brücken, Straßen, Wegen, Kanälen, Eisenbahn-Dämmen, Wasserleitungen, oder wie die Kultivirung landwirthschaftlicher Grundstücke (Pflügen, Eggen, Säen, Pflanzen und Fruchtschneiden der Knechte und Taglöhner), eine andere Kategorie von Diensten hat den Charakter einer Bewachung und Sicherung unbeweglicher Sachen gegen Störungen, wie die Dienste der Hausmeister, Portiers, der Wege- und Bahnwärter, wieder eine

---

[13]) Die Konkurrenz im Handelsverkehr bewirkt, daß die Verkäufer häufig franko senden, z. B. einen Waggon Mehl von Pest nach Frankfurt a. M., franko, oder franko Parität Frankfurt a. M.; oder ein Berliner Haus effektuirt Bestellungen im Werth von mehr als 20 Mark nach allen Orten in Deutschland franko.

andere Kategorie ist dem städtischen oder landwirthschaftlichen Haushalt gewidmet (städtisches Gesinde, Köchinnen, Hofgesinde, Wirthschafterin, Verwalter, Knechte und Mägde), eine andere hat lediglich die Bedienung der Person des Dienstherrn, oder seiner Angehörigen zum Gegenstande (Kammerdiener, Krankenwärter, Kindermädchen). Andere Dienstleistungen sind anderen Zwecken gewidmet, wie die der Aerzte, Lehrer, Vermögensverwalter, Anwälte, Notare, des Büreau- und Komptoirpersonals, der Schiffer, Matrosen, Lokomotivführer, Schaffner u. s. w. u. s. w. Bei vielen dieser Kategorien ergiebt sich der Ort der Dienstleistungen aus deren vertragsmäßiger Beschaffenheit von selbst, und es wird nur die Frage praktisch werden können, wie weit die Bestimmung des Leistungsorts dem Ermessen des Dienstherrn anheim gegeben erscheint bzw. welchen Einfluß die Verlegung des Aufenthalts-, Wohn- oder Geschäftsorts des Dienstgläubigers während der Vertragszeit auf den Bestand des Schuldverhältnisses haben soll. So kann insbesondere fraglich werden, ob der Arzt verpflichtet ist, seinen Patienten, der vom Nordostviertel einer großen Stadt in das Südwestviertel verzogen ist, fernerhin zu besuchen, ob der Fabrikarbeiter bei Verlegung der Fabrik an einen erheblich weit entfernten Ort dahin folgen muß, ob die Köchin mit ihrer Dienstherrschaft nach einen andern Ort (von der Stadt aufs Land oder umgekehrt) überziehen, und der Kammerdiener seinen Herrn in fremde Länder begleiten muß. Bei vielen vertragsmäßigen Dienstleistungen ist es aber auch von vornherein unbestimmt gelassen, an welchem Orte sie vorgenommen werden müssen oder können, und ist es daher behufs Bestimmung des Erfüllungsorts nothwendig, die hierbei in Betracht kommenden wirthschaftlichen Interessen der Betheiligten, wenn auch nur in Kürze, zu beleuchten.

Besteht die geschuldete Dienstleistung in der Verwaltung eines Vermögens, welches an einem bestimmten Orte sich befindet, so liegt es meistens im Interesse des Verwalters, daß er den Sitz der Verwaltung an seinem Wohnsitz aufschlage und von hier aus die auf die Verwaltung sich beziehenden Handlungen vornehme, während das Interesse des Auftraggebers meistens die Verlegung des Verwaltungssitzes an den Standort des Vermögens fordert. Hier ist die Aufsicht eine entschieden bessere, die Verwaltung eine billigere, sicherere, energischere und rascher sich vollziehende wie dort, während der Verwalter, falls er von seinem Wohnorte aus die Verwaltung führt, die Kosten eines länger dauernden Aufenthalts am Standorte des

Vermögens erspart, und nebenbei auch noch seine eigenen Angelegenheiten bequem besorgen kann.

Handelt es sich um den Auftrag zum Einkauf einer Gattungssache, so entspricht es dem Interesse des Beauftragten, daß er die Sache an seinem Wohnorte einkaufe; er hat hierbei weniger Arbeit, Mühe und Kosten, als wenn er sie etwa am entfernten Wohnort des Auftraggebers kaufen müßte, während es im Interesse des Auftraggebers liegt, daß die Sache an seinem Wohnorte gekauft werde, weil etwa der Kaufpreis hier ein geringerer ist.

Die Rechnungslegung ist für den Beauftragten an seinem Wohnorte eine bequemere, sicherere und weniger kostspielige als am Wohnorte des Auftraggebers, während dessen Interesse eine Rechnungslegung an seinem Wohnorte erfordert.

Hat ein Maler die Wiederherstellung beschädigter werthvoller Gemälde übernommen, so liegt es in seinem Interesse, die Restaurationsarbeiten im Atelier seines Wohnorts vorzunehmen, während es dem Interesse des Auftraggebers entspricht, daß diese Arbeiten unter seiner Aufsicht in seiner Wohnung stattfinden und er die Kosten und Gefahren eines Transports der Gemälde nicht trage.

Diese Beispiele werden genügen, um den Widerstreit der Interessen der bei geschuldeten Dienstleistungen Betheiligten bezüglich des Orts ihrer Vornahme darzuthun.

Für den Gesetzgeber fragt es sich nun, welchem der widerstreitenden Interessen der Betheiligten er den Vorzug geben, und von welchen Prinzipien er sich bei der Auswahl unter den zur Erfüllung an sich geeigneten Orten leiten lassen soll. Die Antwort hierauf giebt

3. Die rechtliche Natur der Schuldverhältnisse.

§ 6.

Bevor wir uns der wissenschaftlichen Ermittelung des den Erfüllungsort bestimmenden Moments bei solchen Schuldverhältnissen, bei welchen weder durch die Unbeweglichkeit des unmittelbaren oder mittelbaren Gegenstandes der geschuldeten Leistung, noch durch Vereinbarung der Vertragschließenden oder zulässige einseitige Willensbestimmung ein Erfüllungsort gegeben ist, zuwenden, wollen wir uns einmal die Frage vorlegen, ob uns nicht auf Grund unserer allgemeinen, im gewöhnlichen bürgerlichen Rechtsverkehr gemachten Erfahrungen wenigstens bei einzelnen Schuldverhältnissen ein Rechtsgefühl beherrscht,

das uns mit einer gewissen Bestimmtheit sagt, die Leistung kann oder muß an dem oder dem Orte vorgenommen bezw. angeboten werden. Kommen wir hierbei zu gewissen Resultaten, so können dieselben vom Gesetzgeber nicht einfach ignorirt werden. Denn wenn er ein volksthümliches Recht schaffen will, so müssen die auf Erfahrung beruhenden Rechtsanschauungen des gebildeten Laienthums immerhin einen gewissen Werth für ihn haben, theils indem sie mit seinen durch wissenschaftliche Forschung gewonnenen Rechtsanschauungen übereinstimmen (was ihm zur großen Befriedigung gereichen wird), theils indem sie ihm die Kontrole seiner Forschungsmethode und deren Resultate erleichtern. Nun giebt es aber kaum eine andere Lehre im ganzen Privatrechtsgebiete, die vom gesammten Verkehrspublikum, in allen seinen Schichten, ohne Unterschied des Alters und Geschlechts, so häufig und mit so richtigem Verständniß im Verkehre angewendet wird, wie die vom Erfüllungsort, und ich bin der Meinung, daß wenn wir Juristen bei der wissenschaftlichen Ergründung des Erfüllungsorts auf jene Rechtsanschauungen etwas mehr Rücksicht genommen hätten, wir diese Lehre auch mehr gefördert hätten, jedenfalls nicht zu manchen sehr bedenklichen Rechtssätzen gekommen wären.

Schon in früher Jugend werden wir in einem vernünftig-strengen Haushalt an Ordnung und namentlich daran gewöhnt, unsere kleinen Verbindlichkeiten zu richtiger Zeit und am richtigen Orte zu erfüllen. Wenn wir mit des Vaters Erlaubniß aus seinem Bücherschrank ein Buch oder einen sonstigen, dem Haushalt angehörigen Gegenstand zu vorübergehendem Gebrauche von seinem Standorte genommen haben, so werden wir dazu angehalten, diese Sachen nach gemachtem Gebrauche alsbald wieder an ihren Standort (Stell-, Liege- oder Hängeort) zurückzubringen. Es geschieht dies nicht blos, um uns an Ordnung in unsern eigenen Angelegenheiten für jetzt und unsere ganze Zukunft zu gewöhnen, sondern auch, um den andern Famlienangehörigen den bestimmungsmäßigen Gebrauch dieser Sachen nicht durch Verlegen und langes Suchenmüssen zu erschweren. Allmälig tritt der Intellekt ein, und wir überzeugen uns, daß die Forderung des Haushalts auf Zurückbringung der zu vorübergehendem Gebrauche entnommenen Sachen eine wohlberechtigte, unsere Verpflichtung zur Zurückbringung eine wohlgeschuldete ist, und eine Zuwiderhandlung gegen diese Pflicht eine Rücksichtslosigkeit gegen die andern Angehörigen des Haushalts wäre. Diese schon in früher Jugend gewonnene Ueberzeugung verläßt uns in unserem ganzen

Leben nicht. Leihen wir uns später von einem Mitschüler ein Buch, so bringen wir es ihm nach gemachtem Gebrauche wieder zurück, und wir haben ganz bestimmt das Bewußtsein einer Rechtswidrigkeit, wenn wir von ihm verlangen wollten, er solle es sich bei uns abholen, und wenn wir dieses Verlangen dennoch stellen wollten, so würde der Freund den Rechtsstandpunkt uns klar zu machen versuchen. Dieselbe Rechtsüberzeugung haben wir, wenn wir aus der Schulbibliothek oder später aus der Universitätsbibliothek unentgeltlich, und wieder später von einem Privatbuchverleiher gegen Entgelt ein Buch entleihen, und wir kommen, wenn wir über diese Sache etwas eingehender nachdenken, zu dem Schlusse, daß wir das Opfer des Zurückbringens tragen müssen, und die Verleihanstalt nicht genöthigt werden kann, ihren Diener in unsere und in die Wohnung Hunderter von Entleihern zu schicken, um das Buch bei uns abzuholen. Hat ein Bekannter bei unsern Eltern ein Päckchen niedergelegt, weil er es auf seinem Gange nach einem andern Theile der Stadt als nach seiner Wohnung nicht mitnehmen konnte, oder hat er es beim Weggange mitzunehmen vergessen, so sehen wir, daß er es demnächst abholt oder abholen läßt, und wir finden es ganz in der Ordnung, daß er das Opfer des Abholens bringt; und werden wir etwa Tags darauf von unsern Eltern angewiesen, das Päckchen dem Bekannten in seine Wohnung zu tragen, so fühlen wir sofort, daß die Eltern hierzu eigentlich nicht verpflichtet sind, ihm vielmehr eine Gefälligkeit erweisen, für die er sich denn auch beim Empfang in mehr oder weniger ausdrucksvoller Weise bedankt. Wir schicken oder bringen die vom Buchhändler zur Einsicht uns mitgetheilten Bücher, wenn wir sie nicht behalten, demselben zurück, und schicken und bringen die Preise für die von Kaufleuten und sonstigen Gewerbetreibenden uns gelieferten Waaren und Arbeiten (Metzger, Bäcker, Schuhmacher, Schneider u. s. w.) den Lieferanten ins Haus, alles im Bewußtsein, daß wir zu bringen haben, und jene das Geld nicht zu holen brauchen. Je mehr wir im Laufe der Jahre und Jahrzehnte am Rechtsverkehr theilnehmen, um so mehr bildet sich bei uns das Rechtsgefühl und das Urtheil aus, an welchen Orten wir unsere Verbindlichkeiten des täglichen Lebens erfüllen müssen. Als Juristen kommen wir sehr bald zur Erkenntniß, daß die eigenthümliche wirthschaftliche und rechtliche Natur eines Schuldverhältnisses den Erfüllungsort desselben bestimmt, und daß man in dieser Beziehung vier Kategorien von Schuldverhältnissen zu unterscheiden hat, nämlich solche, welche nur einem der Betheiligten,

dem Gläubiger oder Schuldner, einen Vortheil gewähren, solche, welche jedem Betheiligten einen Vortheil gewähren und solche, welche keinem der Betheiligten einen Vortheil gewähren. Daß diese Eintheilung nicht eine künstliche und der Wahrheit entbehrende, sondern eine wirthschaftlich und rechtlich begründete ist, und wie der Erfüllungsort bei den einzelnen Kategorien bestimmt wird, soll im Nachfolgenden dargethan werden.

a) Schuldverhältnisse zum Vortheil des Gläubigers.

§ 7.

I. Solche Schuldverhältnisse sind unzweifelhaft das Schenkungsversprechen, das Vermächtniß und der Vermächtnißvertrag, der Hinterlegungsvertrag, der unentgeltliche Auftrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag und die Vorlegung. Wir haben sie einzeln zu untersuchen.

1. Das Schenkungsversprechen. Betrachten wir zunächst den Fall, daß der versprochene Gegenstand eine individuell bestimmte Sache, etwa eine landwirthschaftliche Maschine (Dampfpflug) ist, daß sie zur Zeit des angenommenen Versprechens in Kenntniß beider Theile ihren Standort auf einem Gute des Schenkers in der Nähe von Rostock hatte, während ihr Bestimmungsort ein Gut des Beschenkten in der Nähe von Nürnberg war, daß der Schenker seinen Wohnsitz in Hamburg, der Beschenkte den seinigen in München hatte, daß der Schenkungsvertrag gelegentlich eines landwirthschaftlichen Festes in Leipzig von beiden Theilen persönlich und unter Mitwirkung eines Notars geschlossen wurde, und daß in allen diesen Beziehungen bis zum Moment der beiderseits beabsichtigten Leistung der Sache keinerlei Veränderung eingetreten ist. An welchem Orte ist das Schenkungsversprecheu zu erfüllen? Der Thatbestand dieses Falls berührt fünf Orte, den Standort und den Bestimmungsort der Sache, den Wohnort des Schenkers und Beschenkten und den Ort des Vertragsabschlusses als thatsächlichen Entstehungsort des Schuldverhältnisses. Soviel ist klar, daß ein sechster und siebenter Ort für das Gesetz nicht in Frage kommen kann, und dasselbe wird gewiß nicht versuchen wollen, bei der Unbestimmtheit des Erfüllungsorts und den Widerstreit der Ortsinteressen der Betheiligten den Weg des Compromisses einzuschlagen, halb das Interesse des Schenkers und halb das Interesse des Beschenkten zu wahren, und einen in der Mitte liegenden Ort (im Fragefalle etwa Erfurt) zum Erfüllungsort zu bestimmen, ähnlich dem Fall der Bestimmung der Durchschnittssumme, wenn mehrere zur Bestimmung

einer Quantitätsleistung Berufene zu verschiedenen Summen gelangt sind (§ 355 Entw.). Es ist aber auch weiter klar, daß der Ort des Vertragsabschlusses (Leipzig) nicht zum Erfüllungsort bestimmt werden kann, denn keiner der Schenkungsbetheiligten hat für die Erfüllung an diesem Orte auch nur das geringste Interesse. Und schließlich ist es klar, daß das Gesetz auch weder den Wohnort des Schenkers, noch den des Beschenkten zum Erfüllungsort wählen kann, denn was thut der Schenker mit seinem Dampfpflug in Hamburg, und der Beschenkte mit demselben in München; derselbe muß die Reise von dem Gute bei Rostock nach dem Gute bei Nürnberg machen, beide Orte sind die äußersten Stationen, Anfangs- und Endstation, und Hamburg wie München wären nur Durchgangspunkte, die für beide Theile soviel und sowenig Interesse haben, wie jede andere Zwischenstation auch. Von Interesse sind nur der Standort und der Bestimmungsort des Dampfpflugs. Jener, weil der Schenker an ihm mit wenig Mühe, Arbeit, Zeitverlust und Kosten liefern (zur Abholung bereit stellen) kann, dieser, weil der Beschenkte an ihm ohne irgend welche wirthschaftliche Nachtheile empfangen kann. Wer von den Betheiligten soll die Kosten der Reise tragen? Man kann nicht argumentiren, da sich der Schenker nur zur Uebergabe der Sache und nicht auch zur Tragung der Transportkosten verpflichtet hat, so braucht er auch nur am Standort zu übertragen; denn mit demselben Rechte könnte der Beschenkte behaupten, da ich die Lieferung verlangen kann und zur Tragung der Reisekosten mich nicht verpflichtet habe, so muß mir am Bestimmungsort geliefert werden. Den stillschweigend erklärten oder den muthmaßlichen Willen des Betheiligten als Argument zu benutzen, wäre eine Künstelei, eine Verlegenheitspraktik, so lange nicht ein positives Merkmal seiner Existenz im Einzelfalle angeführt werden kann. Es soll zwar der Wille der Betheiligten sein, daß am Standort geliefert werde, allein dieses Verlangen wird von einem andern rechtlichen Moment gestellt, und dieses bestimmt selbstständig den Erfüllungsort, auch wenn die Betheiligten beim Abschluß des Schenkungsvertrags an Erfüllungsort und Transportkosten gar nicht gedacht, und folglich einen Entschluß in dieser Beziehung nicht gefaßt haben. Dieses Moment ist die rechtliche Natur der Schenkung. Das Eigenthümliche, welches dieser Art der Zuwendung einen besonderen rechtlichen Charakter aufprägt, besteht aus drei Theilen; die Schenkung ist nämlich eine Zuwendung zum ausschließlichen Vortheil des Gläubigers, sie ist ferner für den Schenker stets mit einer Ver-

mögensbenachtheiligung verbunden und beruht schließlich auf einer von Seiten des Schenkers dem Beschenkten erwiesenen Gefälligkeit. Welches dieser drei Momente ist nun das den Erfüllungsort bestimmende, oder sind es die drei als Einheit? Unzweifelhaft wirkt diese dreitheilige Einheit manche besondere Bestimmung des positiven Rechts über die Schenkung, so z. B. daß der Schenker wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtung dem Beschenkten nur wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit haftet (§ 442 Entwurf), daß er wegen Mangels in seinem Rechte oder wegen eines Mangels der verschenkten Sache nicht schlechthin, sondern nur unter gewissen Umständen haftet (§§ 443, 444 Entwurf) und Verzugszinsen nicht zu entrichten hat (§ 445 Entwurf), allein eine Vergleichung der Schenkung mit andern Rechtsinstituten ergiebt, daß für die Bestimmung des Erfüllungsorts nicht das Gefälligkeitsmoment und nicht das Moment der Vermögensbenachtheiligung, sondern lediglich das Moment des ausschließlichen (oder vorzugsweisen) Vortheils des Zuwendungsempfängers maßgebend ist. Und daß dieses letztere Moment das für den Erfüllungsort ausschlaggebende zu sein verdient, kann nicht bezweifelt werden, wenn man das Gewicht der wirthschaftlichen Regel erkennt, wonach Derjenige, der einen wirthschaftlichen Vortheil zu erlangen bestrebt ist, nothwendigerweise auch alle zur Erreichung dieses Zwecks nothwendigen Handlungen selbst und auf seine Kosten vornehmen muß, und kein Mensch verpflichtet ist, mit seiner Arbeit und auf seine Kosten ihm hierbei hülfreiche Hand zu leisten. Wer im Leben etwas für sich und zu seinem Vortheil erreichen will, muß eben selbst und allein den Widerstand brechen, der sich der Erreichung seines angestrebten Zieles in den Weg stellt; das ist ein Verkehrsgrundsatz, an dessen Wahrheit und Gerechtigkeit Niemand zweifeln kann, und der in unseren positiven Rechten überall Anerkennung gefunden hat. Danach braucht der Schenker die geschuldete Sache nur an ihrem Standorte zu tradiren, er ist nicht verpflichtet, sie dem Beschenkten an den Bestimmungsort zu bringen, der Beschenkte muß sie dort abholen und insbesondere die Kosten des Transports vom Standort nach dem Bestimmungsort tragen. So rechtfertigt es sich, daß der Gesetzgeber für das Schenkversprechen einer individuell bestimmten Sache deren Standort zum Erfüllungsort bestimmt.

Sind vertretbare Sachen oder nur der Gattung nach bestimmte Gegenstände zu schenken versprochen, so muß deren Stand- und Bestimmungsort aufgesucht werden. Bleiben wir in unserem oben an-

gegebenen Beispiele, und setzen an Stelle des Dampfpflugs eine gewisse Art und Menge von Saatfrucht, so erscheinen auch hier der Ort des Vertragsabschlusses, der Wohnort des Schenkers und der des Beschenkten als interesselose Orte. Die Wahl steht daher nur zwischen Standort und Bestimmungsort. Im Uebrigen kommen dieselben wirthschaftlichen und rechtlichen Grundsätze zur Anwendung, wie bei der Schenkung einer individuell bestimmten Sache.

2. Das Vermächtniß. Setzen wir zunächst den Fall, daß eine individuell bestimmte Sache, etwa ein werthvolles Familiengemälde, Gegenstand des Vermächtnisses ist, daß dasselbe in Kenntniß des Erblassers seinen Standort in einer von demselben zeitweise besuchten Villa bei Koblenz hat, während er selbst in Hannover wohnt; auf einer Reise nach dem Süden wird er an einem Orte in der Nähe von Freiburg i. Br. krank, errichtet hier vor einem Notar ein Testament, setzt darin jenes Vermächtniß für seinen in Breslau wohnenden Neffen mit dem Wunsche aus, daß jenes Gemälde nicht verkauft, sondern der in Magdeburg befindlichen Gemäldesammlung seines Neffen einverleibt werde, und stirbt auf der Rückreise in Darmstadt; der Notar übergiebt das Testament in Freiburg dem einschlägigen Amtsgericht als Verwahrungsbehörde und hier findet auch schließlich die Verkündigung der letztwilligen Verfügung statt. Der Thatbestand dieses Falles berührt mindestens sieben Orte, den Standort und den Bestimmungungsort des vermachten Gemäldes, den Wohnort des Erblassers und des Vermächtnißnehmers, den Sterbeort des Erblassers, den Ort der Testamentserrichtung und den der amtlichen Verwahrung und der Verkündigung des letzten Willens. Nur zwei dieser Orte haben für die Betheiligten ein Interesse, der Standort und Bestimmungsort, die anderen sind interesselos, die Wahl des Gesetzes kann also nur auf einen von beiden Orten fallen. Das Eigenthümliche des Vermächtnisses besteht aus zwei Theilen; das Vermächtniß ist ein Akt der Gefälligkeit (des Wohlwollens) des Erblassers für den Vermächtnißnehmer und enthält eine Zuwendung zum ausschließlichen Vortheil des letzteren. Eine Vermögensbenachtheiligung wird nicht wahrgenommen, denn der Erblasser selbst vermindert damit sein Vermögen nicht, und des Erben Vermögen wird nicht vermindert, da dieser nur einen Anspruch auf den Nachlaß mit Abzug des Vermächtnisses hat. Da der mit dem Vermächtniß verbundene und bezweckte Vortheil lediglich dem Vermächtnißnehmer zu Gute kommt, so tritt auch hier die oben beschriebene natürliche Regel

ein, so daß also der Standort der vermachten individuell bestimmten Sache der Erfüllungsort der Verbindlichkeit des Erben ist.

Sind vertretbare oder nur der Gattung nach bestimmte Sachen vermacht, so ist deren Standort aufzusuchen. Befindet sich die zur Leistung des Vermächtnisses erforderliche Menge in der Erbschaft, so kann der Erbe gerade sie leisten, er braucht also vermachte tausend Hektoliter Weizen nur auf dem Gute oder in dem Magazine oder auf dem Fruchtboden zu überliefern, wo sie der Erblasser in Vorrath liegen hatte. Ist baares Geld vermacht und solches in genügender Menge im Nachlaß vorhanden, so kann dasselbe an seinem Standorte zur Zeit des Todes des Erblassers (Wohnort, Handelsniederlassung) geleistet werden. Sind aber vermachte Gattungssachen und Gelder in genügender Menge im Nachlasse nicht vorhanden, und müßte der Erbe entweder das Geld aus seinem eigenen Vorrathe entnehmen oder müßte er behufs Beschaffung des Geldes Erbschaftssachen verkaufen, so kann er nach seiner Wahl entweder am Standorte seines eigenen Geldvorraths oder am Ort der Lage der Erbschaft leisten. Und befinden sich die zur Erbschaft gehörigen Vermögensgegenstände an verschiedenen Orten zerstreut, so gilt der Ort, wo der größere Theil der Erbschaft liegt, als Ort der Lage der Erbschaft.

Dem testamentarischen Vermächtniß steht in allen diesen Beziehungen das durch Vertrag ausgesetzte gleich.

3. Der Hinterlegungsvertrag. Der Fall der Hinterlegung einer individuell bestimmten Sache spielt sich gewöhnlich in der Weise ab, daß der Hinterleger seine Sache einem an demselben Orte wohnenden Freunde zur Aufbewahrung übergiebt, und dieser sie mit seinen eigenen Sachen in seiner Wohnung verwahrt. Die Hinterlegung kann sich aber auch über mehrere Orte verbreiten. Man nehme den Fall: ein Bewohner von Gießen beabsichtigt, eine mehrere Monate in Anspruch nehmende Reise zu machen und gedenkt, seine sämmtlichen Werthpapiere bei einem Frankfurter Bankgeschäft zu hinterlegen; in Frankfurt angekommen, trifft er einen Freund, der zwar seinen Wohnsitz in Bingen hat, jedoch bei einem in Mainz domizilirten Bankgeschäft betheiligt ist, und dem er seine Papiere zur unentgeltlichen Aufbewahrung übergiebt; dieselben werden von dem Freunde sofort nach Mainz gebracht und im Kassengewölbe verwahrt. Von diesen vier Orten, dem Wohnort des Hinterlegers (Standort der Papiere), dem des Verwahrers, dem Ort des Vertragsabschlusses und dem Aufbewahrungsorte haben nur der erste und letzte ein Interesse

für die Betheiligten. Der unentgeltliche Hinterlegungsvertrag hat das Eigenthümliche, daß er ein Gefälligkeitsvertrag ist und lediglich den Vortheil des Hinterlegers bezweckt, ein eigentliches Vermögensopfer bringt der Verwahrer nicht. Nach der oben beschriebenen wirthschaftlichen Regel, wonach Derjenige, der einen wirthschaftlichen Vortheil zu erlangen bestrebt ist, nothwendigerweise auch alle zur Erreichung dieses Zwecks erforderlichen Handlungen selbst und auf seine Kosten vornehmen muß, und Niemand verpflichtet ist, ihm hierbei mit seiner Arbeit und auf seine Kosten hülfreiche Hand zu leisten, braucht der Verwahrer nur am Aufbewahrungsorte die hinterlegte Sache zurückzugeben, und hat sie nicht an ihren Standort zurückzubringen.

4. Der Auftrag. Man setze den Fall: ein Bewohner von München ersucht schriftlich einen in Köln wohnenden Freund, ein gewisses in Düsseldorf zur Versteigerung gelangendes Gemälde für ihn anzukaufen und den Kaufpreis ihm vorzulegen. Dies geschieht. Das Gemälde ist zu groß und zu werthvoll, um als Gepäckstück nach Köln mitgenommen werden zu können, der Freund läßt es daher noch in der Ausstellung stehen oder giebt es Jemandem zur Verwahrung. Wo ist das Gemälde zu liefern und wo ist der ausgelegte Kaufpreis nebst Reisekosten zu zahlen? Der Fall stützt sich auf mehrere Orte, und zwar der Auftrag auf München als Bestimmungsort des Gemäldes, auf Köln als den Wohnsitz des Beauftragten und Entstehungsort des Schuldverhältnisses in der Richtung auf die Ausführung des Auftrags, und auf Düsseldorf als Ort der theilweisen Erfüllung des Auftrags (Ankaufsort) und zugleich als Entstehungsort der Verbindlichkeit zur Herausgabe des in Folge des Auftragsverhältnisses empfangenen Gegenstandes. Mit der Ueberlieferung des gekauften Gemäldes an den kaufenden Beauftragten hört Düsseldorf auf, Standort desselben zu sein, und es wird Ort des vorübergehenden Aufenthalts zum Zweck der Befriedigung einzelner Bedürfnisse, und insbesondere Aufbewahrungsort. Der Thatbestand des Anspruchs des Beauftragten auf Ersatz seiner Auslagen erstreckt sich auf Düsseldorf als Ort der Entstehung der Verbindlichkeit des Auftraggebers zum Ersatz des Kaufgeldes und der hier gemachten sonstigen Auslagen, auf Köln als Bestimmungsort der Ersatzleistung, und auf München als Standort des vom Auftraggeber geschuldeten Geldes. Soviel ist klar, daß, was den Ort der Lieferung des Gemäldes betrifft, Köln als Wohnsitz des Beauftragten, und Köln und Düsseldorf

als Entstehungsorte des Schuldverhältnisses als interesselose Orte gar nicht in Betracht kommen können, und daß für die Betheiligten nur München als Bestimmungsort und Düsseldorf als Ort des vorübergehenden Aufenthalts zum Zweck zeitlicher Aufbewahrung des Gemäldes von Interesse sind. Nach unserer mehrfach erwähnten wirthschaftlichen Regel braucht aber, da das ganze Auftragsgeschäft nur den Vortheil des Auftraggebers bezweckt, der Beauftragte das Gemälde nur in Düsseldorf zu liefern. Was aber den Ersatzanspruch des Beauftragten betrifft, so ist für seine Erfüllung sein Entstehungsort (Düsseldorf) ein für beide Betheiligte ganz interesseloser Ort, und es kann nur von einer Wahl zwischen dem Standort und dem Bestimmungsorte des geschuldeten Geldes die Rede sein. Das ganze Geschäft bezweckt nur den Vortheil des Auftraggebers, der Beauftragte erhält zwar auch Geld, aber nur zum Zweck des Ersatzes seiner Vermögensopfer, im Uebrigen hat er keinen Vortheil, im Ganzen keinen Nachtheil, und die von ihm aufgewendete Mühe erscheint nur als eine dem Auftraggeber erwiesene Gefälligkeit. Nach unserer obigen Regel kann daher kein Zweifel sein, daß der Auftraggeber Ersatz aller Auslagen dem Beauftragten in Köln zu leisten hat.

Wäre das Gemälde ein kleines gewesen und vom Beauftragten alsbald von Düsseldorf nach Köln mitgenommen worden, ohne daß dadurch die Interessen des Auftraggebers verletzt worden wären, so würde Köln zum Aufbewahrungsort und somit zum Erfüllungsort der Auftragsverbindlichkeit gemacht worden sein.

5. Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Hier denke man sich den Fall: Ein Bewohner von Offenbach befindet sich in Hanau und hört hier von einem Geschäftsmanne aus Stuttgart, daß sein in Aschaffenburg wohnender Verwandter an diesem Tage ein in Würzburg domicilirtes Accept von hundert Mark an den Stuttgarter Wechselinhaber zu zahlen habe; da der Schuldner krank ist und allem Vermuthen nach für Deckung nicht gesorgt hat, so zahlt der Offenbacher Herr in der Absicht, des Schuldners Geschäfte zu führen, die Wechselsumme an den Stuttgarter Gläubiger, der diese Angelegenheit sofort telegraphisch mit dem Domiciliaten ordnet. Wo hat der Geschäftsherr die ausgelegte Summe dem Geschäftsführer zu zahlen? Interesselos sind die Orte der Geschäftsführung Hanau und Würzburg, ebenso der Wohnort des Gläubigers Stuttgart, die Wahl steht nur zwischen dem Standort des geschuldeten Geldes Aschaffenburg und dem Bestimmungsort desselben, Offenbach. Da die Geschäftsführung

den ausschließlichen Vortheil des Geschäftsherrn bezweckt, so erscheint nach obiger Regel Offenbach als Erfüllungsort.

6. Die Vorlegung. Nach § 774 Entw. kann derjenige, welcher wegen eines gegen den Besitzer oder Inhaber einer Sache in Ansehung der letzteren ihm zustehenden Anspruchs oder, um sich Gewißheit zu verschaffen, ob ihm ein solcher Anspruch zustehe, an der Besichtigung der Sache ein Interesse hat, von dem Besitzer oder Inhaber verlangen, daß ihm die Sache vorgezeigt oder vorgelegt und deren Besichtigung gestattet werde. Der Entwurf läßt es unbestimmt, wo die Vorlegungspflicht zu erfüllen sei, ob der Besichtigungs-Interessent sich an den Ort der Lage der Sache (Standort) bezw. an den Wohnort des Vorlegungs-Verpflichteten begeben, oder dieser die Sache an den Wohnort des Berechtigten bezw. an deren Bestimmungsort verbringen müsse. Nach § 776 Entw., der besagt, daß die Gefahr und die Kosten der Vorzeigung und Vorlegung derjenige zu tragen habe, welcher die Vorzeigung oder Vorlegung verlangt, darf man auf das Verbringen-Müssen schließen, da das Vorzeigen und Vorlegen am Ort der Lage der Sache doch wohl nur in den allerseltensten Fällen mit einer Gefahr für die Sache und mit Kosten verbunden sein dürfte. Die Motive geben über diesen sehr wichtigen und tief einschneidenden Satz keine Auskunft. Da dieses Vorlegungsgeschäft lediglich die Förderung des Interesses des Berechtigten bezweckt, (es ist kein Gefälligkeitsgeschäft und ist auch für den Vorlegenden mit keinem Vermögensnachtheil verbunden), so müssen wir nach den bisher erörterten Grundsätzen den Standort der Sache als Erfüllungsort ansehen, was nicht nur dem allgemeinen Rechtsgefühl, sondern auch dem Römischen Rechte durchaus entspricht.

7. Die Vormundschaft und Pflegschaft. Bei diesen wird in der Regel ein ausdrücklich oder stillschweigend bestimmter Ort der Erfüllung der Verpflichtungen des Vormunds und Pflegers gegeben sein. Wenn nicht, so wird sich dieser daraus, daß beide Institutionen lediglich den Vortheil des Bevormundeten bezwecken, nach unsrer Rechtsregel von selbst ergeben.

II. Wir haben bisher (I. 1—7) nur solche Fälle von Schuldverhältnissen zum Vortheil des Gläubigers betrachtet, in welchen der Schuldner für seine Leistungen kein Aequivalent erhalten hat. Betrachten wir nun die Fälle derselben Schuldverhältnisse, in welchen dem Schuldner ein solches Aequivalent gegeben wird, und namentlich den Hinterlegungsvertrag und Auftrag.

1. Der Hinterlegungsvertrag. Im Gegensatz zum Römischen Rechte betrachtet der Entwurf die Unentgeltlichkeit der Verwahrung nicht als charakteristisches Merkmal des Hinterlegungsvertrags. Nach § 615 Entw. kann sich der Hinterleger verpflichten, für die Aufbewahrung dem Verwahrer eine Vergütung zu gewähren. Die für den Hinterlegungsvertrag aufgestellten Grundsätze kommen ohne Rücksicht auf Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Leistung zur Anwendung. Ob diese Auffassung den Rechtsanschauungen unseres Verkehrs entspricht, mag in diesem Gutachten dahin gestellt, und einer späteren Untersuchung vorbehalten bleiben. Allein jedenfalls ändert die ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Vergütung daran nichts, daß der Hinterlegungsvertrag vorzugsweise oder im überwiegenden Interesse des Hinterlegers geschlossen wird[14]). Um dies zu beweisen, dürfen wir unsere Beispiele nicht aus der handelsrechtlichen Praxis, sondern müssen sie aus dem gewöhnlichen bürgerlichen Rechtsverkehr nehmen. So häufig nun hier die unentgeltliche Hinterlegung vorkommt, so selten ist die entgeltliche, es sei denn, daß man hierzu die Hingabe unserer Gepäckstücke an die Portiers der Bahnhöfe, unserer Röcke, Hüte, Schirme und Stöcke an die Garderobendiener in Theatern, Konzert- und Klubhäusern, Museen u. s. w. zur Aufbewahrung rechnet.[15]) Aber selbst in diesen Fällen ist der Vortheil des Hinterlegers verhältnißmäßig so groß und der Vortheil des Bewahrers verhältnißmäßig so unbedeutend, daß Letzterer bei der Charakterisirung des Geschäfts im Ganzen gar nicht in Anschlag

[14]) Im Handelsrecht hat bekanntlich das Depositengeschäft eine sehr bedeutende Ausbildung erlangt; vergl. z. B. Cohn in Endemann's Handbuch des Handelsr. Band III S. 884 ff., und ich glaube, daß nach handelsrechtlicher Auffassung der obige Satz ganz entschieden richtig ist.

[15]) In den meisten Fällen stellt die Verwaltung dieser Anstalten im Interesse ihrer Besucher den zur Ablegung jener Gegenstände erforderlichen Raum und dessen Ausrüstung unentgeltlich, und weist ihre Diener an, dem Publikum beim Ab- und Hinlegen und beim Wiederabholen seiner Sachen behülflich zu sein. Daß mit der Entgegennahme dieser Sachen durch die Diener zwischen dem Abgeber und der Verwaltung ein Hinterlegungsvertrag geschlossen wird, kann nicht ohne Weiteres bejaht oder verneint werden, es kommt vielmehr noch auf andere Umstände an. Die Pfennige, welche dem Diener im Voraus oder bei der Zurückgabe gezahlt werden, erscheinen zuweilen als Trinkgeld (Geschenk) für die erwiesene Gefälligkeit des Entgegennehmens und Zurückgebens, zuweilen aber als Belohnung (Aequivalent) für die geleisteten Wärter- oder Bewachungsdienste. Man kann daher nicht in allen derartigen Fällen ohne Weiteres auf einen zwischen dem Diener und dem Ableger geschlossenen entgeltlichen Hinterlegungsvertrag schließen.

gebracht werden kann. Man nehme nur den Fall, daß beim lebhaften Drängen des nach der Garderobe eilenden Publikums der meistens auf enge Lokalitäten angewiesene Diener in der gebotenen Eile einen Rock verwechselt, und dieserhalb, da er nach dem Entwurfe selbst für leichte Fahrlässigkeit einzustehen hat, vom Hinterleger auf Schadensersatz belangt wird. Er hatte einen Werth von etwa 80 Mark empfangen, die Gefahr des Verlusts dieses Werths durch Verwechslung dem Eigenthümer ab- und auf sich genommen und soll nun ein Aequivalent in seinem Anspruch auf etwa 20 Pfennig finden! Es wird Niemand in Abrede stellen, daß diese Art von Hinterlegung lediglich im Interesse des hinterlegungsbedürftigen Publikums in unsere Verkehrsordnung eingeführt worden ist, Grund genug für den Gesetzgeber, daß er diesem Hinterlegungsvertrag den Stempel eines ausschließlich zum Vortheil des Hinterlegers gereichenden Rechtsgeschäfts aufdrückt, und dann auch bezüglich des Erfüllungsorts die Konsequenzen zieht. Man wird nicht einwenden dürfen, daß es für den beregten Fall einer so weitläufigen Untersuchung gar nicht bedurft hätte, indem sich die Zahlung der Hinterlegungsvergütung im Garderobeort von selbst verstehe, weil dieser Ort der mindestens stillschweigend vereinbarte Erfüllungsort sei. Diese Entgegnung irrt, denn die allgemeine Vorstellung eines Hinterlegers, daß er seine Vergütung beim Abholen seines Rocks zahlen werde und die Vorstellung des Dieners, daß er bei der Rückgabe desselben seine Vergütung erhalten werde, reichen selbst bei übereinstimmender Sitte und Gewohnheit nicht aus, einen stillschweigend vereinbarten Erfüllungsort anzunehmen. Die Betheiligten machen sich diese Vorstellungen doch immer nur für die regulären, nicht aber für ausnahmsweise Verhältnisse, und treten solche ein, in welchen, ohne daß einen oder den anderen der Betheiligten eine Schuld trifft, die Zahlung der Vergütung beim Abholen nicht stattfindet (es bricht z. B. während des Konzerts ein Brand aus, in der Verwirrung holt sich jeder Hinterleger sein Kleidungsstück, ohne durch Suchen nach Kleingeld das übrige Publikum aufzuhalten), so wird nach Verlauf von Tagen und Wochen doch keiner der Betheiligten auf dem Garderobeort als Erfüllungsort beharren können, während er es könnte, wenn in der That der Garderobeort als Erfüllungsort vereinbart worden wäre, da eine nachträgliche Veränderung in den örtlichen Verhältnissen der Betheiligten keinen den vereinbarten Erfüllungsort verschiebenden Einfluß hat.

Im Uebrigen habe ich noch keine Gelegenheit gehabt, Fälle eines entgeltlichen eigentlichen Depositums im gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr zu beobachten. Es gibt ja verschiedene Arten von Schuldverhältnissen, bei welchen dem Schuldner neben andern Verbindlichkeiten auch die der Bewahrung einer beweglichen Sache vor nachtheiligen äußeren Einflüssen obliegt, wie der Kaufvertrag, der Auftrag, die Geschäftsführung, der Dienstvertrag u. a. m., allein dieselben haben einen entschiedenen anderen rechtlichen Charakter, wie das Depositum.

Nach Vorstehendem wird man also für den entgeltlichen Hinterlegungsvertrag annehmen müssen, daß der Verwahrer nicht blos die verwahrte Sache nur da zurückzugeben braucht, wo sie im Fall der Unentgeltlichkeit zurückzugeben ist, sondern auch die vereinbarte Vergütung, geradeso wie die von ihm gemachten Auslagen, am Bestimmungsort des geschuldeten Geldes, beispielsweise an seinem Wohnorte verlangen kann, und nicht nöthig hat, sein Geld am Wohnort des Hinterlegers abzuholen.

Der Entwurf hat prinzipiell das s. g. depositum irregulare aus der Liste unserer Rechtsinstitute gestrichen, und erblickt in der Hinterlegung vertretbarer Sachen für die Fälle, daß vertragsmäßig nicht dieselben Individualsachen, sondern gleiche Quantitäten gleicher Sachen zurückgegeben werden sollen, prinzipiell ein Darlehnsgeschäft. Er folgt hierbei einer modernen Auffassung und einigen modernen Gesetzen. Es ist hier nicht der Ort, die gänzliche Unrichtigkeit dieser Rechtsauffassung und die Nothwendigkeit der gesetzlichen Anerkennung des im wirthschaftlichen Verkehre nicht nur bestehenden, sondern auch ganz unentbehrlichen irregulären Hinterlegungsgeschäfts mit seinen eigenthümlichen, dem Darlehn ganz fremden Seiten des Näheren nachzuweisen, es wird dies vielmehr die Aufgabe eines besonderen Gutachtens sein. Doch will ich hier Dreierlei in Kürze anführen. Vor Allem ist nicht richtig, was die Motive behaupten, daß die Annahme eines Darlehnsvertrags in jenen Fällen der Intention der Parteien entspreche. Der ländliche Dienstbote, der nach Verlauf eines Jahres mit seiner Herrschaft abrechnet, und einen gewissen Betrag als Lohn zu empfangen hat, ersucht jene, diesen Betrag ihm aufzuheben. Er glaubt seine Ersparniß bei seiner Herrschaft besser als bei sich aufgehoben, theils weil er selbst keinen hinlänglich sicheren Verschluß zu haben pflegt, theils weil er damit der Versuchung gelegentlicher unnöthiger Ausgaben mehr entrückt ist. Die Forderung aus dem

Lohnverhältniß soll mit der Abrechnung erloschen sein, es wird daher der Empfang des Lohnes im Lohnbuche quittirt, und die zum Aufheben gegebene Summe dem Dienstboten gutgeschrieben. Mit seiner Einwilligung legt sodann die Herrschaft die empfangene Summe in ihre Kasse und vermischt sie mit ihrem eigenen Gelde. Die Betheiligten fassen das neue Geschäft durchaus nicht als ein Darlehn auf, die Herrschaft ist nichts weniger, wie fremden Geldes bedürftig, sie ist es, welche ihrem Dienstboten mit dem Aufheben des Geldes einen Gefallen erweist, und der Gedanke, daß er durch Leihen des Geldes seiner Herrschaft eine Gefälligkeit erweise, liegt ihm durchaus ferne. Der zweite Unterschied des Darlehns und des irregulären Depositums besteht darin, daß zwar das Darlehn auch ein Akt des Vertrauens des Gebers zum Empfänger ist, das irreguläre Depositum aber ein Akt des höchsten Vertrauens. Der Verwahrer hat stets das Gefühl, daß er fremdes Geld in seiner Kasse hat, daß er, wenn er nicht unredlich handeln wolle, stets soviel Geld parat halten müsse, daß er es auf erstes Anfordern des Hinterlegers sofort zurückgeben könne, während der Darlehnsempfänger das Bewußtsein hat, daß er das empfangene Geld zu seinen Zwecken gebrauchen dürfe, eine gleiche Summe daher auch nicht stets in seiner Kasse bereit zu halten brauche, und daß er nicht unredlich handele, wenn er den fordernden Gläubiger bezüglich der Rückzahlung auf einige Tage vertröste. Andrerseits will der Hinterleger einer Geldsumme in jedem ihm beliebigen Augenblicke sein Geld „greifen" können. Wer, um an einem bestimmten Tage einen Hauskaufsschilling bezahlen zu können, allmählig seine Ausstände einzieht, und die eingehenden Gelder bei einem kleinen Provinzialbankgeschäft als Summen deponirt, wird es mit Recht übel vermerken, wenn ihm bei der Zurückforderung entgegengehalten wird, man habe das Geld bei einem hauptstädtischen Bankgeschäfte liegen, und bedürfe einiger Tage, um es zur Rückzahlung zu bringen. Der Entwurf hat denn auch, und das ist die dritte Bemerkung, die ihm entgegengehalten werden muß, gefühlt, daß das depositum irregulare denn doch nicht ganz im Darlehnsbegriff aufgehe, und hat im § 618 die Bestimmung aufgenommen, daß im Zweifel für jenen Darlehnsvertrag als vereinbart anzunehmen sei, daß in Ansehung der Zeit und des Ortes der Zurückgewährung die für den Hinterlegungsvertrag geltenden Vorschriften anwendbar sein sollten. Die Motive erläutern dies so, daß wenn die Parteien gleichwohl den Vertrag als Verwahrungs- oder

Hinterlegungsvertrag bezeichnet oder von Hinterlegen oder „in Verwahrung geben" gesprochen oder in ähnlicher Weise sich ausgedrückt hätten, dies mit Entschiedenheit darauf hinweise, daß nicht die Eingehung eines lediglich nach den für das Darlehn geltenden Rechtsnormen zu beurtheilenden Vertrags bezweckt gewesen, sondern daß gewisse (?), dem Hinterlegungsvertrage eigenthümliche, mit dem Begriffe des Darlehnsvertrags immerhin noch verträgliche Besonderheiten Platz greifen sollten. Bei einem Vertrage des bezeichneten Inhalts dürfe in dieser Hinsicht mit voller Sicherheit angenommen werden, es sollten in Absicht auf Zeit und Ort der Restitution nicht die für den Darlehnsvertrag, sondern die für den Hinterlegungsvertrag bestehenden Grundsätze zur Richtschnur dienen. Nach meinem Dafürhalten ist dies eine Künstelei. Was aus dem wirthschaftlichen und rechtlichen Wesen des depositum irregulare gefolgert werden muß, soll hier auf eine stillschweigende Willenserklärung der Kontrahenten zurückgeführt werden. Die Parteien sollen ein Mischgeschäft von Darlehn und Hinterlegungsvertrag beabsichtigt haben, ein Hinterlegungs-Darlehn oder ein in Verwahrung gegebenes Darlehn. Darlehn und Hinterlegung sind zwei Begriffe, die sich ausschließen; zwei Verkehrsinstitute mit ganz verschiedenen Zwecken; und wenn wir beide von der, gerade hier uns interressirenden Seite ihrer rechtlichen Natur betrachten, so finden wir, daß das Darlehn nur zum Vortheil des Schuldners, das irreguläre Depositum aber zum Vortheil des Gläubigers geschlossen wird. Wenn dies nicht verkannt werden kann, so müßten wir nach der Auffassung des Entwurfs in dem Geschäft der Verwahrung einer Geldsumme ein Geschäft erblicken, welches zum ausschließlichen Vortheil des Schuldners und zugleich zum ausschließlichen Vortheil des Gläubigers geschlossen wäre.

Diese Untersuchung war nöthig, um die Ansicht des Entwurfs von der Entbehrlichkeit des Rechtsinstituts des depositum irregulare zu widerlegen, und den Beweis zu führen, daß bei diesem Geschäfte der Erfüllungsort derselbe ist, wie bei der Hinterlegung einer individuell bestimmten Sache. Dem Resultat nach stimmt der Entwurf, wie gezeigt, damit überein.

Das verzinsliche irreguläre Depositum unterliegt denselben Grundsätzen. Es ist nach der Auflassung des Lebens kein verzinsliches Darlehn, und gilt in allen Formen seiner Erscheinung im Verkehre als zum Vortheil des Deponenten geschlossen. Auch dies soll

in einem späteren Gutachten nachgewiesen werden.[16]) Die Zinsen sind, wie das Hauptgeld, dem Deponenten nicht zu bringen, sondern beim Depositar abzuholen.

2. Der Auftrag. Nach dem Entwurf ist die Unentgeltlichkeit kein charakteristisches Merkmal des Auftrags. Der Auftraggeber kann sich verpflichten, für die Ausführung des Auftrags dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren (§ 586). Die Motive erkennen in Uebereinstimmung mit der Doctrin, der Praxis, der neueren Gesetzgebung und neueren Entwürfen mit Recht an, daß durch die Vereinbarung einer Vergütung an dem Wesen des Mandats nichts geändert werde, und der Auftrag insbesondere nicht den Charakter eines gegenseitigen Vertrags annehme. Damit ist wohl auch anerkannt, daß dieses Schuldverhältniß trotz der zugesagten Vergütung vorzugsweise den Vortheil des Auftraggebers bezweckt. Ein Blick in den täglichen bürgerlichen Verkehr bestätigt dies. Man nehme: ein Oekonom in Baden ersucht einen befreundeten Oekonom in Hessen, ihm auf dem bevorstehenden Pferdemarkt in Frankfurt a. M. ein Pferd von der und der Beschaffenheit zu kaufen. Es geschieht; der Beauftragte hatte zwei Tage dazu nöthig gehabt, hatte zur Bestreitung seines Lebensunterhalts in Frankfurt und auf der Reise eine Menge Kosten aufgewendet, und während beider Tage seine Thätigkeit in seiner eigenen Wirthschaft versäumt. Wenn er schadlos gehalten werden soll, so müssen ihm nicht nur alle seine nothwendigen Auslagen, sondern auch der Verlust, den er sich durch seine Unthätigkeit zu Hause zugezogen hat, wie namentlich die Kosten der Einstellung eines Verwalters oder von Taglöhnern ersetzt werden. Haben die Parteien von vornherein eine alle jene Schäden umfassende Vergütung verabredet, so kann darin weiter nichts als eine Schadloshaltung des Beauftragten erblickt werden. Dies tritt namentlich in den Fällen deutlich hervor, in welchen der Beauftragte zu Folge seines Berufs auf einen gewissen Taglohn oder ein tägliches Honorar angewiesen ist, und der Ausrichtung des Auftrags so und soviel Stunden und Tage opfern mußte, während welcher Zeit er nichts verdienen konnte. Hat der Auftrag eine mehr oder weniger umfangreiche, schwierige, zeitraubende und verantwortungsvolle Vermögensverwaltung, die Veräußerung oder Verpachtung von Grundstücken, den Umtausch von Werthpapieren,

---

[16]) Einweilen verweise ich auf S. 113 ff. meiner Lehre vom Erfüllungsort, und auf Cohn in Endemanns Handbuch Bd. III S. 925 ff.

die Erhebung von Kaufgeldern und Zinsen, die Anlegung von Kapitalien u. dergl. mehr zum Gegenstande, so erscheint die hierfür zugesagte Vergütung in der That nur als eine Schadloshaltung des Beauftragten für die im Interesse des Auftraggebers verwendete Arbeit und übernommene Gefahr, und sie ist im Verhältniß zu den der Verwaltung unterliegenden und dem Beauftragten anvertrauten großen Werthen und dem dem Auftraggeber erwachsenden Nutzen nur ein Minimum, ein Mittel zur Bestreitung des vollen oder theilweisen Lebensunterhalts des Beauftragten während der Verwaltungsperiode, so daß an dem überwiegenden Vortheil dieses Schuldverhältnisses für den Auftraggeber nicht gezweifelt werden kann. Will man schließlich die Dienstleistungen des Arztes oder Rechtsanwalts unter den Gesichtspunkt des Mandats bringen, so haben die ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Honorare ebenfalls nur den Charakter einer Vergütung für deren zumeist wissenschaftliche Thätigkeit, und stehen zu dem kostbaren Gute der gefährdeten Gesundheit oder des in Frage gestellten Rechts in keinem nennenswerthen Verhältnisse. In allen diesen Fällen wird daher die Zahlung der bedungenen Vergütung beim Beauftragten und nicht beim Auftraggeber zu machen sein.

b) Schuldverhältnisse zum Vortheil des Schuldners.

§ 8.

Schuldverhältnisse, welche lediglich zum Vortheil des Schuldners gereichen, sind unzweifelhaft die Gebrauchsleihe und das Darlehn.

1. Die Gebrauchsleihe. Man nehme den Fall, zwei Gutsbesitzer, von welchen der eine in A, der andere in K wohnt, treffen in Z zusammen, und verspricht hier der erstere, dem andern für die bevorstehende Erntezeit zwei Pferde, die auf seinem Gute in B gehalten werden, zur Benutzung auf dessen Gute X zu leihen. Die Pferde werden vom Verwalter des Entleihers in B abgeholt und nach X gebracht. Nach Beendigung der Ernte soll die Rückgabe erfolgen, und fragt es sich, wo? Es ist von vornherein klar, daß der Ort des Gebrauchsleihversprechens Z und der Wohnort A und K als ganz interesselose Orte gar nicht zur Wahl stehen können. Von Interesse sind nur der Standort B und der Gebrauchsort X. Der Leihvertrag bezweckt lediglich den Vortheil des Entleihers, und wird daher nach obiger Regel der erstere Ort als Erfüllungsort anzusehen sein, der Entleiher wird die Pferde auf seine Kosten nach ihrem Standorte zurück verbringen müssen, und der Verleiher sie nicht am

Gebrauchsorte abzuholen haben. An der Richtigkeit dieses Resultats wird Niemand zweifeln, unrichtig ist es aber, dasselbe als ein Produkt der jedesmaligen Absicht der Contrahenten auszugeben, denn es wird gewiß zahlreiche Fälle geben, in welchen die Contrahenten beim Abschluß des Vertrags an den Ort der Rückgabe gar nicht denken. Und was soll geschehen, wenn sie im Einzelfall nicht daran gedacht haben, und wenn etwa durch Eid entschieden würde, daß sich der Entleiher hierüber gar keine Gedanken gemacht, oder daß er im Gegentheil sich gedacht habe, der Verleiher würde die Pferde gelegentlich durch seine Knechte abholen lassen? Soll in einem solchen durch Eid entschiedenen Falle der Verleiher die Pferde abholen müssen? Zu dieser Ansicht wird sich Niemand bekennen. Wenn nun dennoch jeder Jurist und Laie sich für das Zurückbringen der Pferde durch den Entleiher entscheidet, so fragt es sich, was denn der wahre hierzu treibende innere Grund ist. Man könnte erwidern, das dem Leihvertrag charakteristische Moment der Gefälligkeit bestimme hierzu, denn wer durch eine, einem Andern erwiesene Gefälligkeit seine wirthschaftliche Ordnung störe, habe gegen diesen einen Anspruch auf einen gewissen Dank, der sich in der Wiederherstellung dieser Ordnung durch Zurückbringen der Sache an ihren Standort bethätige. Abgesehen jedoch davon, daß dieser Satz schließlich zu einer Vergütung für den überlassenen Gebrauch führen würde, so kann das Gesetz nie und nimmermehr den Empfänger einer Wohlthat oder Gefälligkeit zu einem positiven Danke verpflichten, und andererseits sehen wir doch auch andere zum Vortheil des Schuldners geschlossene Geschäfte, die entschieden nicht Gefälligkeitsgeschäfte sind, bei welchen eine innere Stimme uns sagt, daß der Schuldner bringen müsse und der Gläubiger nicht abzuholen brauche, und wiederum Gefälligkeitsgeschäfte, bei welchen wir keinen Augenblick darüber im Zweifel sind, daß der gefällige Schuldner zu bringen, und der die Gefälligkeit empfangende Gläubiger nicht abzuholen hat.[17]) Ist hiernach das Gefälligkeitsmoment für den Erfüllungsort nicht bestimmend, welches sonstige im Charakter der Gebrauchsleihe liegende Moment soll es denn sein, welches uns dazu drängt, den Erfüllungsort an den Standort der

[17]) Es kauft z. B. Jemand aus Mitleid und ohne daß er einer Sache auch nur im Geringsten bedürftig ist, dieselbe einem in Noth befindlichen Besitzer gegen den werthentsprechenden Preis ab. Trotz seiner damit bewiesenen großen Gefälligkeit wird er, wenn nichts Anderes verabredet ist, den Kaufpreis beim Verkäufer zu zahlen haben.

geliehenen Sache zu legen? Ich glaube, daß kein anderes gefunden werden kann, als das, daß der Leihvertrag ein lediglich zum Vortheil des Entleihers in den Rechtsverkehr eingeführtes Institut ist, und daß Derjenige, der durch den Abschluß eines Vertrags einen wirthschaftlichen Vortheil für sich erstrebt, auch die mit der Erlangung desselben verbundenen Opfer zu bringen hat.

Der Standort der geliehenen Sache zur Zeit des geschlossenen Vertrags ist der Ort der Rückgabe. Dies trifft auch dann zu, wenn sich die Sache zu jener Zeit an einem anderen Orte mit vorübergehendem Aufenthalte befand. Man nehme den Fall: Eine Eisengießerei und Maschinenfabrik in Frankfurt a. M. hatte einer Dampfziegelei in Worms die käufliche Lieferung einer großen Dampfmaschine (Kessel mit Pertinenzen) versprochen, und nach Abschluß dieses Vertrags der Dampfziegelei den unentgeltlichen Gebrauch einer Lokomobile während der Zeit bis zur Lieferung der Dampfmaschine zugesagt. Die zugesagte Lokomobile befand sich zu jener Zeit in Speyer, wohin sie miethweise oder unentgeltlich geliehen war; sie wurde von da abgeholt, nach Worms gebracht und hier in Betrieb gesetzt. Nach Eintreffen der käuflich gelieferten Dampfmaschine wurde die Lokomobile entbehrlich, und nun soll sie zurückgegeben werden. Wo hat dies zu geschehen? Man wird keinen Augenblick darüber im Zweifel sein, daß Speyer als vorübergehender Aufenthaltsort der Lokomobile für die Rückgabe ein ganz interesseloser Ort ist, und daß sie an ihrem Standorte Frankfurt a. M. zurückzugeben ist.

2. Das Darlehn. Ist dasselbe ein unverzinsliches, so gereicht es lediglich dem Schuldner zum Vortheil, da ihm die Möglichkeit des Gebrauchs während der Vertragszeit zur Deckung seiner Bedürfnisse gegeben ist. Man kann nicht entgegnen, ein Vortheil erwachse dem Empfänger deshalb nicht, weil er die empfangene Quantität ganz und voll wieder zurückgeben müsse. Man kann auch nicht auf Einzelfälle verweisen, in welchen der Empfänger das dargeliehene Geld unangebrochen oder unverwendet in seiner Kasse habe liegen lassen, oder in unwirthschaftlicher Weise und zu seinem eigenen Nachtheile verwendet habe. Bei der rechtlichen Charakterisirung eines Verkehrsinstituts hat das Gesetz auf seinen wirthschaftlichen Zweck zu sehen, und darf von einem möglichen Mißbrauch desselben sich nicht leiten lassen. Der wirthschaftliche Zweck des Darlehns ist sein Gebrauch zum Vortheil des Empfängers, und das Gesetz muß es daher als ein zum Vortheil des Schuldners geschlossenes Geschäft ansehen und

behandeln. Dann aber muß als Erfüllungsort der Schuld des Empfängers der Standort des Vorraths des Gläubigers an Sachen derselben Gattung zur Zeit der Hingabe des Darlehns gelten. War das Darlehn ein Gelddarlehn, so muß der Standort des Baarvermögens aufgesucht werden. Ist der Gläubiger ein Privatmann, d. h. weder Kaufmann noch sonstiger Gewerbetreibender, so wird der Standort seines Baarvermögens in der Regel an seinem Wohnorte sein. Hatte er es jedoch einem Andern zur Verwaltung übergeben, und war das Darlehn durch den Verwalter ausbezahlt worden, so ist der Sitz der Verwaltung Standort und darum Erfüllungsort. Ist der Gläubiger Kaufmann oder sonstiger Gewerbetreibender, so erscheint sein Geschäftssitz mit dem Kassenlokal als Standort und Erfüllungsort. Hatte das Darlehn Sachen einer anderen Gattung zum Gegenstande, so ist der Standort des desfallsigen Vermögens aufzusuchen. Hatte beispielsweise ein Landwirth einem anderen Landwirthe Weizen geliehen, so wird sein Oekonomiehof mit Scheune Standort seines Weizenvorraths sein, und der Schuldner muß die geliehene Quantität dafür zurückbringen, mag auch der geliehene Weizen dem Darlehnsempfänger s. Z. auf dem Felde oder auf dem Wege nach dem Oekonomiehofe gegeben worden sein. Der Ort der Hingabe des Darlehns, selbst des Gelddarlehns, also der Ort des Vertragsabschlusses an sich ist ein interesseloser Ort. Spreche ich auf der Reise einen ebenfalls auf der Reise befindlichen Freund behufs Bezahlung einer Schuld um ein Gelddarlehn an, so habe ich es nach Beendigung der Reise meinem Gläubiger zu bringen, und ich kann ihn nicht auf den Empfangsort verweisen.

Die für das unverzinsliche Darlehn gefundenen Resultate gelten aber auch vom verzinslichen Darlehn. Letzteres kann aus Gefälligkeit gegeben werden, allein das Gefälligkeitsmoment ist kein charakteristisches Merkmal dieser Darlehnsart. Der sein Geld ausleihende Kapitalist erstrebt einen Vermögensvortheil in der Gestalt von Zinsen, allein der vorzugsweise Vortheil dieses Geschäfts ist auf Seiten des Darlehnsschuldners, die Zinsen sind nur ein Ersatz für den dem Geber entgangenen Gebrauch seines Kapitals während der Vertragszeit, eine Vergütung für die Arbeit des Kapitals im Interesse des Empfängers. Das Leben theilt diese Auffassung vollkommen, und wir begegnen überall dem Rechtsbewußtsein, daß Kapital und Zinsen beim Darlehnsgläubiger zurück — bezw. zu zahlen sind („frei in die Hände des Gebers").

c) Schuldverhältnisse zu beiderseitigem Vortheile.

§ 9.

Es giebt eine Reihe von Schuldverhältnissen, die beim ersten Anblick als den Vortheil aller Betheiligten bezweckend erscheinen. Dahin gehören der Tausch- und Kaufvertrag, die Miethe und Pacht, der Dienst- und Werkvertrag, der Maklervertrag, die Auslobung, die Gesellschaft und die Gemeinschaft. Indessen dürfen wir uns mit dem Urtheil des ersten Blicks nicht zufrieden geben, müssen vielmehr die jedem Betheiligten zukommenden wirthschaftlichen Vortheile des Näheren untersuchen, und bei jedem Schuldverhältniß uns über das Moment klar werden, welches den Gesetzgeber bei der Wahl des Erfüllungsortes leiten soll.

1. Beim Tauschgeschäft liegt die Sache am Einfachsten und Klarsten. Hier wünscht jeder Betheiligte die Sache des andern zu haben und will für diese seine eigene hingeben. Mögen auch im Einzelfall die Bedürfnisse des einen Tauschers nach der Sache des andern stärker auftreten, als bei diesem, mögen die Interessen beider am Umtausch objektiv verschiedenartig sein, und mag auch der eine die Initiative ergriffen und die Verhandlungen lebhaft und dringend geführt haben, während der andere nur widerwillig gefolgt ist, so gilt doch in den Augen des Gesetzes, wie nach der Auffassung des Lebens, der Tauschvertrag als ein den Vortheil beider Contrahenten gleichmäßig bezweckender Vertrag. Daraus folgt für die Bestimmung des Erfüllungsorts die prinzipielle Gleichstellung beider Contrahenten, und der Gesetzgeber hat dann nur die Wahl, entweder jeden Theil zum Bringen der Sache an den andern zu verpflichten (Bringschuld) oder jeden Theil auf das Abholen der eingetauschten Sache vom andern Contrahenten zu verweisen (Holschuld). Nach unserer früher gefundenen Regel, wonach der einen Vortheil Erstrebende die zur Erreichung desselben erforderlichen Opfer selbst zu bringen hat, kann die Wahl des Gesetzgebers nicht zweifelhaft sein, und ist daher der Erfüllungsort der Verbindlichkeit eines jeden Tauschers am bisherigen Standort seine Sache.

2. Der Kaufvertrag. Wollte man dieses Schuldverhältniß ebenfalls als ein den Vortheil beider Contrahenten gleichmäßig bezweckendes ansehen, so müßte man bezüglich des Erfüllungsorts zu demselben Resultate gelangen, wie beim Tauschvertrag, der Verkäufer brauchte also die verkaufte Sache nur an deren bisherigem Stand-

orte zu liefern und müßte den Kaufpreis beim Käufer abholen, und der Käufer hätte die Waare beim Verkäufer abzuholen und brauchte das Kaufgeld nur bei sich zu zahlen. Dies ist auch die Ansicht des Reichsgerichts für den Handelskauf. Unbezweifelt ist, daß der Verkäufer die Waare nur bei sich zu liefern hat, dies gilt sowohl für das Handelsrecht, wie für das bürgerliche Recht. Für letzteres aber muß nach einem ganz entschiedenen Rechtsbewußtsein unseres Verkehrslebens prinzipiell angeordnet werden, daß, falls nichts Anderes vereinbart ist, die Zahlung des Kaufpreises ebenfalls beim Verkäufer zu geschehen habe, daß also der Käufer den Kaufpreis dem Verkäufer bringen müsse, und die Kaufpreisschuld eine Bringschuld sei. Um dies darzuthun, müssen wir die verschiedenen Kategorien der Kaufverträge im bürgerlichen Verkehr, einschließlich der Kaufgeschäfte, welche auf Seiten eines der Contrahenten Handelsgeschäfte sind (Art. 277 H. G. B.), einer Beleuchtung unterziehen.

a) Betrachten wir zunächst die Konsumtionskäufe, die der Haushaltungsvorstand oder ein Angehöriger für ihn mit einem s. g. offenen Geschäfte wegen Beschaffung von Waaren behufs Ernährung, Kleidung, Heizung, Ausstattung der Wohnung u. dgl. m. im Interesse der Familie schließt. Alle derartige Geschäfte sind auf das Prinzip gegründet, daß das waarenbedürftige Publikum den Laden aufsucht, die Waare sich aussucht, kauft und Zug um Zug zahlt. Ein prinzipielles Kreditiren der Kaufpreise auf längere Zeit würde den Ruin des Geschäfts herbeiführen, und müßte der Geschäftsinhaber auch noch gar die kreditirten Kaufpreise bei seinen Schuldnern abholen, und zu diesem Behufe persönlich früh Morgens seine Gänge antreten oder besondere Bedienstete dafür anstellen, so würden die damit verbundenen Kosten seinen Geschäftsverdienst weit übersteigen, und er müßte das Geschäft als unrentabel schließen. Dies würde nicht blos einzelne, sondern so ziemlich alle Geschäfte einer Stadt treffen, die Folge davon wäre ein völliges Verschwinden aller, oder doch eine Monopolisirung weniger Geschäfte, eine erhebliche Preissteigerung und Verschlechterung der feil gehaltenen Waaren, und damit eine grenzenlose Benachtheiligung des Publikums selbst. Es liegt daher im eigenen Interesse des kaufenden Publikums, daß die Zahlung solcher gekauften Waaren Zug um Zug, und im Falle ausnahmsweisen Kreditirens doch im Geschäftslokale stattfinde, und der Gesetzgeber nimmt sich nur dieses wichtigen Interesses des Publikums an, wenn er in Uebereinstimmung mit dem all-

gemeinen Rechtsbewußtsein von der Nothwendigkeit der Zahlung des Kaufgeldes beim Verkäufer die Kaufpreisschuld für eine Bringschuld erklärt. Bei der Betrachtung jener Vorgänge gewinnt man aber auch die Ueberzeugung, wie nothwendig für die Erhaltung der Bevölkerung solche Geschäfte sind, wie ihre Existenz von einem nicht zu beseitigenden Bedürfnisse des Publikums gebieterisch gefordert wird, wie sie dessen wichtigste Interessen fördern und befriedigen und wie sie vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus überhaupt nur dazu da sind, durch Vermittelung der Mittel zur Befriedigung der unabweisbaren Bedürfnisse des Publikums diesem die größten Vortheile zuzuwenden. Diesen Vortheilen gegenüber ist der Vortheil, der diesen Geschäften aus den einzelnen Kaufverträgen schließlich zufließt, von ganz untergeordneter Bedeutung. Aber der Verkehr mit seiner Konkurrenz sorgt schon dafür, daß dieser Vortheil kein übermäßiger ist, und wenn er auch in einzelnen Fällen in Folge von Konjunkturen und zahlreichen anderen Umständen ein erheblicher sein sollte, so gibt es auch Fälle genug, in welchen in Folge ungünstiger Umstände ein den Kostenpreis übersteigender Gewinn nicht erzielt wird, und sogar mit Schaden verkauft werden muß. Würde auf Geschäftsinhaber verwiesen, die im Laufe eines arbeitssamen Lebens zu einem großen Vermögen gelangt sind, so kann auf der anderen Seite wohl auch auf eine gleich große Zahl von Existenzen verwiesen werden, die es zu nichts gebracht haben oder wegen schlechter Geschäfte zu Grunde gegangen sind. Von der Gestaltung der einzelnen Kaufverträge muß daher ganz abgesehen werden, und vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus betrachtet ist das Kaufgeschäft als Verkehrsinstitut ein Geschäft zum ausschließlichen oder doch vorzugsweisen Vortheil des Käufers. Ist dies so, so verlangt das volkswirthschaftliche Gesammtinteresse, daß dem Verkäufer der Kaufpreis gebracht, und daß er nicht genöthigt werde, denselben bei seinen Schuldnern abzuholen. Das Opfer, welches sich der Käufer mit dem Bringen des Kaufpreises auferlegt, ist denn auch nur ein scheinbares, denn nur dadurch, daß er es sich auferlegt, wird ihm der Kauf und die Befriedigung seiner Bedürfnisse ermöglicht. Aber selbst im Einzelfall ist dasselbe nur von minimaler Bedeutung. In den überwiegend meisten Fällen zahlt er ja doch Zug um Zug, was bekanntermaßen seinen wirthschaftlichen Interessen am meisten entspricht, und ist er einmal genöthigt, einen Kredit in Anspruch zu nehmen, so „geht es in Einem hin," wenn er bei der nächsten Gelegenheit des Kaufens den kreditirten

Kaufpreis mitnimmt und zahlt. Das Gesagte trifft überall auch da zu, wo ein auswärtiger Haushaltungsvorstand das offene Geschäft einer Stadt aufsucht, kauft, die Waaren in Empfang nimmt und den Kaufpreis borgt.

Wir haben bisher den Fall betrachtet, in welchem Kauf und Lieferung der Waare im Geschäftslokale selbst stattfindet. Bei vielen Geschäften (Metzger, Bäcker, Kolonialwaarenhändler) kommt es aber auch vor, daß die mündlich, brieflich oder durch Boten bestellten Waaren durch das Dienstpersonal der Geschäfte den Kunden ins Haus gebracht werden. In diesen Fällen pflegt der Preis alsbald an den Ueberbringer bezahlt zu werden; wird er aber kreditirt, so muß ihn der Käufer später im Geschäftslokal bezahlen.

b) Auch das Markt- und Meßgeschäft ist auf das Verkehrsprinzip der Erfüllung Zug um Zug gegründet. Doch kommt auch bei ihm ein Kreditiren des Kaufpreises oder eines Theils desselben häufig vor, vielfach weil der Käufer des Kredits bedürftig ist, vielfach aber auch weil die alsbaldige Auszahlung des Kaufpreises dem berechtigten Interesse des Käufers widerstreitet. So pflegt bei Händeln mit Vieh auf Viehmärkten vereinbart zu werden, daß ein Theil des Kaufpreises erst nach Ablauf der Währschaftszeit bezahlt werden solle. Durch die Retention dieses Kaufpreistheils sucht sich der Käufer den Ersatz seines Schadens für den Fall zu sichern, daß das Kaufobjekt mit gesetzlichen Mängeln behaftet sei oder die zugesagten Eigenschaften nicht habe. Wo ist in solchen Fällen bei mangelnder Vereinbarung der Rest des Kaufpreises zu zahlen? Man darf nicht behaupten, der Marktort sei stillschweigend vereinbarter Erfüllungsort, oder es entspreche dem muthmaßlichen Willen der Betheiligten, daß hier gezahlt werde. Zwar gehen wohl die meisten Verkäufer mit der Vorstellung nach dem Markte, sich die Kaufpreise alsbald zahlen zu lassen, allein mit dem Kreditiren geben sie diese Vorstellung sofort auf. Die Kredit- oder retentionsbedürftigen Käufer aber gehen mit der Vorstellung zum Markte, den Kaufpreis oder einen Theil desselben nicht alsbald zu zahlen. Die Absicht, denselben in späterer Zeit an demselben Marktorte zu zahlen, werden nur die wenigsten Käufer haben und sie ist auch rechtlich in so lange ganz bedeutungslos, als sie nicht in die Erscheinung tritt. Nach aufgehobenem Markte pflegt der Marktort für beide Theile ein völlig interesseloser Ort zu werden. Denn der Bauer, der durch den Ankauf von Zugvieh beim Beginn der landwirthschaftlichen Arbeiten im Frühjahr seinen Bedarf auf lange Zeit

hinaus gedeckt hat, hat keine wirthschaftliche Veranlassung, einen der nächsten, in die Kreditzeit fallenden Märkte zu besuchen. Selbst der verkaufende Handelsmann erscheint nicht regelmäßig auf den folgenden Märkten, er besucht andere, auf dieselben Tage fallenden Märkte. Von wirklichem Interesse sind für die Betheiligten nur der Wohnort des Käufers und der Geschäftssitz des Verkäufers als Standorte ihres Baarvermögens. Daß die Wahl des Gesetzgebers nur auf letzteren Ort fallen kann, wird nach den unter a entwickelten Grundsätzen nicht bezweifelt werden können.

c) Aus Anlaß einer großen Konkurrenz und des dadurch hervorgerufenen Bestrebens, dem Publikum den Ankauf von Waaren so leicht wie möglich zu machen, hat sich im modernen Verkehr das Institut der sogenannten Reisenden herausgebildet, die im Auftrage ihrer Häuser das konsumirende Publikum direkt aufsuchen und von demselben käuflich Bestellungen entgegennehmen. Die Vortheile, die dem konsumirenden Publikum aus solchen direkten Käufen (mit Vermeidung der Zwischenhändler) erwachsen, liegen auf der Hand. In diesen Vorgängen dokumentirt sich zwar das Bestreben der verkaufenden Häuser, möglichst viel Geld zu verdienen, allein deswegen ziehen sie doch aus dem einzelnen Geschäfte keinen größeren Vortheil, als sie haben würden, wenn sich das Publikum mit Umgehung des Reisenden direkt an ihren Geschäfssitz wenden würde. Die Spesen der Reisenden erscheinen als Geschäftsunkosten, die bei der Kalkulation der Preise, wie alle andern Herstellungskosten, in Betracht gezogen werden. Auf die einzelnen Waaren vertheilt, bewirken sie in der Regel nur eine sehr minimale Erhöhung des Preises, die praktisch um so mehr verschwindet, als einestheils die Konkurrenz mit andern Geschäften und anderntheils der durch die Reisenden erheblich gesteigerte Waarenumsatz und damit vervielfachte Gewinn ein Herabdrücken der Preise auf das möglichst niedere Maß bewirkt bezw. zuläßt. Die wirthschaftliche Lage des Publikums wird von einer etwaigen Preiserhöhung durchaus nicht benachtheiligt, denn es kauft billiger als vom Zwischenhändler am Platze, und in der Regel besser, weil eine Großhandlung über eine bedeutend größere Auswahl zu verfügen hat, als der Detaillist. Auch in diesen Fällen gereicht also das Kaufgeschäft zum vorzugsweisen Vortheil des kaufenden Publikums, und werden wir daher annehmen müssen, daß der Kaufvertrag sowohl bezüglich der Lieferung der Waare, wie bezüglich der Zahlung des Kaufpreises beim Verkäufer zu erfüllen ist. Zwar sehen wir, daß

das verkaufende Haus nach Eingang der Bestellung die Waare von seinem Geschäftssitze aus dem Käufer zusendet, — und zu einem solchen Schicken ist es, wie später gezeigt werden soll, verpflichtet —, allein Erfüllungsort ist und bleibt der Geschäftssitz, und es erfüllt seine Verbindlichkeit in dem Momente, in welchem es die Waare abschickt. Auch pflegt in vielen Branchen bei einer gewissen Größe des bestellten Werthes der Verkäufer portofrei zu senden, doch geschieht dies nicht im Bewußtsein einer durch die rechtliche Natur des Kaufgeschäfts gebotenen Rechtspflicht, sondern als einschmeichelnde Gefälligkeit. Wenn es schließlich vielfach vorkommt, daß der zur Empfangnahme von Geldern bevollmächtigte Reisende bei seiner nächsten Anwesenheit am Wohnort des Kunden die Zahlung des inzwischen fällig gewordenen Kaufpreises entgegennimmt, so wird dies ebenfalls nur als eine freiwillige Erleichterung des Geschäftsverkehrs, und durchaus nicht als Ausfluß einer Rechtspflicht angesehen. Die äußere Gestalt dieser Fälle ist nun freilich so, daß der Verkäufer die gekaufte Waare unter Uebernahme der Transportkosten am Wohnort des Käufers abliefert und die Zahlung des Kaufgeldes unter Ersparung der Versendungskosten beim Käufer entgegennimmt, und diese äußere Gestalt hat vielfach zu der Annahme verleitet, daß der Kontraktsort und Wohnort des Käufers eigentlich Erfüllungsort sei, allein unsere nähere Betrachtung aller einschlagenden wirthschaftlichen Momente hat ergeben, daß dieselben auf den rechtlichen Erfüllungsort beim Kaufvertrag einen verschiebenden Einfluß nicht haben. Die Waare insbesondere reist immerhin noch auf Gefahr des Käufers, und mit ihrer Absendung hat der Verkäufer erfüllt. Und stellt das Haus diese Geschäftstour ein, oder entzieht es dem Reisenden die Vollmacht zur Gelderhebung, so muß der Käufer den Kaufpreis auf seine Gefahr und Kosten dem verkaufenden Hause zusenden, und erfüllt nicht schon mit der Absendung, sondern erst mit der Ankunft und Empfangnahme des Geldes am Bestimmungsort Seitens des Verkäufers.

Keinem Bedenken unterliegt hiernach die Bestimmung des Erfüllungsorts in den einfacheren Fällen, da der Käufer ohne besondere Einladung des Verkäufers, oder nur auf Grund einer in öffentlichen Blättern oder durch besonderes Zirkular erfolgten Einladung zum Waarenankauf brieflich und direkt sein Kaufangebot macht.

d) Anders scheint sich auf den ersten Anblick der Erfüllungsort beim Hausirhandel und bei den demselben gleichstehenden Geschäften

zu gestalten. Das eigenthümliche desselben besteht darin, daß der Verkäufer mit seinen Waaren das Publikum in dessen Häusern und Wohnungen aufsucht, ihm die Waaren selbst entgegenbringt und damit gleichsam sein Geschäft, Waarenlager und Kasse in jedem von ihm besuchten Hause aufschlägt oder errichtet. Auch hier gilt das Prinzip der Erfüllung Zug um Zug, und wenn der Verkäufer die Waare hier übergiebt, so bringt er sie nicht dem Käufer, sondern dieser holt sie vom Zwischen- oder Filiallager des Verkäufers ab, und wenn der Käufer hier zahlt, so holt der Verkäufer das Geld nicht beim Käufer, sondern dieser bringt es der Kassenfiliale des Verkäufers. Von praktischer Bedeutung wird dieser Gesichtspunkt namentlich dann, wenn es sich um die nachträgliche Lieferung einer Waare an Stelle der mit den vertragsmäßigen Eigenschaften nicht versehenen zuerst gelieferten handelt, oder wenn sich der Hausirer zur käuflichen Lieferung einer Gattungssache, die er gerade nicht bei sich hat, verpflichtet. In der Regel wird hier ein ausdrücklich oder stillschweigend bestimmter Erfüllungsort gegeben sein. Wenn nicht, so ist nicht etwa der heimische Geschäftssitz bezw. Wohnort des Hausirers Erfüllungsort — dies würde bei den meistens sehr geringfügigen Werthen der im Hausirhandel verkauften Waaren vielfach zu dem Resultat führen, daß die Kosten der Versendung vom Geschäftssitz nach dem Wohnort des Käufers den Werth des Kaufgegenstandes weit übersteigen — sondern beiderseitiger Erfüllungsort ist der Wohnort des Käufers, aber nicht als solcher, sondern weil er zur Zeit des Vertragsabschlusses Lager- und Kassafiliale des Verkäufers war, und für die Bestimmung des Erfüllungsorts die zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenen Umstände maßgebend sind.

Zu den dem Hausirhandel gleichstehenden Geschäften gehören auch die Kaufverträge, welche wir im Haushalt mit den Landleuten schließen, die mit ihren Boden- oder sonstigen landwirthschaftlichen Erzeugnissen uns aufsuchen, oder die uns zu käuflichen Bestellungen größerer Quantitäten von Holz, Braunkohlen, Kartoffeln, Obst u. dgl. in Wagenladungen auffordern. Beiderseitiger Erfüllungsort ist unser Haus, und wir haben daher nicht nöthig, die Kosten des Transports der Wagenladung vom Erzeugungsort dieser Landesprodukte nach unserer Wohnung zu tragen. Allein auch hier bringt uns der Verkäufer die Waare nicht und holt den Kaufpreis nicht von uns ab, sondern wir holen die Waare vom Wagen ab und bringen den Kaufpreis dem darauf wartenden Verkäufer.

e) Es giebt noch eine Reihe von Kaufverträgen, die ein besonderes Verkehrsgepräge nicht an sich tragen. So wenn wir Grundstücke, landwirthschaftliche oder Häuser, kaufen oder verkaufen, die im Haushalt entbehrlich gewordene Möbel verkaufen, den erforderlichen Wein vom Produzenten beziehen u. dgl. m. Zwar tritt hier nicht überall ein überwiegendes Interesse des Käufers am Kaufgeschäft in die Erscheinung, auch fallen bei dem Immobiliarverkäufen die Gefahr und die Kosten des Transports des gekauften Objekts weg, Standort und Bestimmungsort der beweglichen Sache und des Kaufpreises treffen meistens zusammen, die Uebergabe und Zahlung vollzieht sich in der Regel ohne die Gefahr und die Kosten eines Transports, die Unbequemlichkeiten des Bringens und Holens sind meistens geringfügiger Natur, und die von einem oder dem anderen Betheiligten dennoch zu bringenden Opfer sind wegen der verhältnißmäßigen Seltenheit solcher Kaufverträge im Leben des Einzelnen von keinem sonderlichen wirthschaftlichen Nachtheile. Der Gesetzgeber braucht daher, wenn er Regeln über die Bestimmung des Erfüllungsorts beim Kaufgeschäft aufstellen will, auf die Natur dieser verhältnißmäßig seltenen Kaufverträge keine besondere Rücksicht zu nehmen, und er kann insbesondere nicht den Richter anweisen, im Einzelfall darnach zu forschen, in wessen Interesse der Kaufvertrag vorzugsweise geschlossen wurde. Es muß ihm genügen, auf Grund seiner Kenntniß des wirthschaftlichen Lebens den Erfahrungssatz auszusprechen, daß der Kaufvertrag im Gesammtverkehr vorzugsweise den Vortheil des Käufers bezweckt. Aus diesem Grunde wird man daher insbesondere auch annehmen müssen, daß, wenn im Einzelfall weder ausdrücklich noch stillschweigend ein Zahlungsort vereinbart worden sein sollte, der Kaufpreis für gekaufte Immobilien dem Verkäufer gebracht werden muß, und die Gefahr und Kosten der Versendung desselben vom Käufer zu tragen sind.

3. Der Mieth- und Pachtvertrag bezweckt, freilich nicht in so umfassender Weise, wie der Kaufvertrag, die Befriedigung einer großen Anzahl dringender Bedürfnisse des Menschen. Wer nicht in der Vermögenslage ist oder es seinen Interessen nicht gemäß findet, sich ein Haus, landwirthschaftliche Grundstücke, Pferde und Wagen, Bücher und sonstige Sachen der dienenden Welt zu kaufen, kann sich durch jenen Vertrag den Gebrauch dieser gebrauchsfähigen Dinge für die Zeit seines Bedarfs oder eines Theiles derselben sichern. Vom Standpunkt der Volkswirthschaft aus bezweckt dieser Vertrag, gerade

wie der Kaufvertrag, vorzugsweise die Förderung der Interessen der Gebrauchsbedürftigen, der Miether und Pachter, und wir müssen daher schon deshalb zu dem allgemeinen Grundsatze gelangen, daß die beiderseitige Erfüllung dieses Vertrags insoweit, als bewegliche Sachen zu leisten sind, beim Vermiether und Verpachter zu geschehen hat. Betrachten wir die einzelnen Arten des Miethvertrags, wie sie im Verkehrsleben besonders häufig auftreten, so erkennen wir sofort, daß die Wahl eines anderen Orts zum Erfüllungsort den Gesammtverkehr in hohem Grade schädigen würde. Stehen Leihanstalten mit gewerbsmäßigem Betriebe (Bücher, Musikalien, musikalische Instrumente, Maschinen, Kleider u. dgl. m.) in Frage, namentlich solche, bei welchen der Miethpreis nach der Zeit des Gebrauchs berechnet zu werden pflegt, so würde bei ihnen (von einigen Ausnahmen abgesehen) die Verpflichtung des Vermiethers zum Bringen der zu vermiethenden Sachen und zum Abholen derselben und des Preises soviel Zeit, Arbeit und Kosten verursachen, daß das Geschäft garnicht oder nicht ordentlich oder nur mit Verlust betrieben werden könnte, die Kosten insbesondere würden so bedeutend sein, daß sie, auf den Miethpreis geschlagen, einen großen Kreis von Gebrauchsbedürftigen von der Benutzung dieser Anstalten abhalten würden. Andererseits übernimmt der Miether, der die gemiethete Sache abholt, sie nach gemachtem Gebrauch wieder zurück- und zugleich den Miethpreis mitbringt, nur unbedeutende Opfer, sie bestehen vielfach nur in zwei Gängen des Miethers oder seines Dienstboten zum Vermiether. Ist Hausmiethe oder Ackerpacht zu bezahlen, so wird das schuldige Geld ohne Kosten dem an demselben Orte wohnenden Vermiether oder Verpachter gebracht, und diese haben nicht nöthig, mehrere vergebliche Gänge zum Miether oder Pachter zu machen. Wohnt der Vermiether oder Pachter an einem anderen Orte, so kann das geschuldete Geld mit verhältnißmäßig geringen Portoauslagen durch die Post dem Gläubiger überbracht werden. Dies Alles rechtfertigt den Gesetzgeber vollkommen, wenn er für den Mieth- und Pachtvertrag die beiderseitige Erfüllung beim Vermiether und Verpachter anordnet.

4. Der Dienstvertrag erscheint, was nach Vorstehendem wohl nicht weiter begründet zu werden braucht, als ein Verkehrsinstitut, welches vorzugsweise die Förderung der Interessen des Dienstberechtigten bezweckt. Dies ergibt sich schon aus dem Begriff des Dienens. In den weitaus meisten Fällen wird sich der Ort der Leistung der vereinbarten Dienste schon aus der Beschaffenheit der-

selben oder aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung ergeben; wenn im Einzelfall nicht, so braucht der Dienstverpflichtete seine Dienste nur da zu leisten, wo er den allgemeinen Sitz seiner desfallsigen Thätigkeit aufgeschlagen hat, und braucht auch die ihm übergebene Sache, an welcher er seine Dienste bethätigt hat, nur hier zurückzugeben. Ebenso wird auch in der Regel für die Zahlung der vereinbarten Vergütung ein bestimmter Ort gegeben sein. Wenn im Einzelfall nicht, so ist sie dem Dienstverpflichteten zu bringen, dies jedoch mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß hierfür zunächst der Ort der dauernden Dienstthätigkeit desselben maßgebend ist. Wenn beispielsweise die im Dorfe A wohnenden Maurergesellen mit einem Arbeiterzuge täglich morgens früh nach der mehrere Stunden entfernten Stadt Z fahren, den Tag über hier in Lohn arbeiten und Abends zurückkehren, so können sie am Schluß der Woche die Zahlung ihres Lohnes in Z auf dem Bauplatze (oder einer benachbarten Zahlungsstelle) verlangen, sie können dagegen nicht die Zahlung an ihrem Wohnorte fordern, und ebensowenig kann man sie auf die Empfangnahme ihres Wochenlohnes an einer entfernteren, auf dem Wege nach dem Bahnhofe nicht gelegenen Zahlungsstelle verweisen.

5. Beim Werkvertrag hat, falls nichts Anderes vereinbart ist, der Besteller die ihm obliegende Gegenleistung nach Herstellung des Werks bei der Abnahme desselben zu bewirken (§ 573 Entw.). Der Uebernehmer braucht das Werk nicht aus der Hand zu geben, bevor er die Gegenleistung empfangen hat; zur Ausfolgung des Werks ist er nur Zug um Zug gegen Entrichtung der Gegenleistung verpflichtet (Mot. S. 492). Entscheidend für den Ort der Zahlung der Vergütung ist daher zunächst der Ort der Ablieferung des Werks. Dieser wird meistens durch die Beschaffenheit der Leistung oder durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung bestimmt sein; wenn im Einzelfall nicht, so kommen die Grundsätze des Dienstvertrages zur Anwendung.

6. Daß beim Mäklervertrag die Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung (Mäklergebühr) eine Bringschuld sei, kann nach der Natur dieses Vertrages nicht bezweifelt werden.

7. Die Auslobung. Darüber, wo die Herstellung des in der öffentlichen Bekanntmachung bezeichneten Werks oder die Vornahme einer sonstigen darin bezeichneten Handlung zu erfolgen hat, läßt sich ein allgemeiner Grundsatz nicht aufstellen. Es kommt alles auf die Beschaffenheit oder nähere Bezeichnung des Werks oder der sonstigen

Handlung an. Jedenfalls ist die geschehene Vollbringung derselben dem Auslobenden an dessen Wohnort oder Geschäftssitz anzuzeigen und nach Thunlichkeit zu begründen und zu beweisen. Auch darüber, wo die Belohnung zu zahlen ist, kann ein allgemeiner Grundsatz nicht aufgestellt werden, denn es gibt Fälle, in welchen es sich bei der Auslobung gar nicht um einen Vortheil des Auslobenden handelt, dann auch Fälle, wo es sich lediglich um den Vortheil des Vollbringenden handelt, ferner Fälle, in welchen der Vortheil des Auslobenden ein sehr großer, die dem Vollbringer zugesagte Belohnung eine geringfügige ist, und schließlich Fälle, in welchen sich die beiderseitigen Vortheile ziemlich gleichstehen. Es muß also in jedem Einzelfalle die Frage des ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheils untersucht und entschieden werden, um zu bestimmen, ob die Belohnung beim Vollbringer oder beim Auslobenden zu zahlen ist.

8. Die Gesellschaft bezweckt den Vortheil aller Betheiligten. Sollte im Einzelfalle nicht vereinbart sein, an welcher Stelle die Beiträge zu leisten und die sonstigen Verbindlichkeiten der Gesellschafter zu erfüllen sind, so braucht jeder es nur bei sich zu thun.

9. Auch die Gemeinschaft (§ 762 ff. Entw.) bezweckt die gleichmäßige Wahrung der Interessen aller Theilhaber und es braucht mithin ein Jeder seinen Antheil an den gemeinschaftlichen Lasten und Kosten nur bei sich zu zahlen.

d) Schuldverhältnisse ohne Vortheil.

§ 10.

Es giebt zwei Kategorien von Schuldverhältnissen, welche weder dem Gläubiger noch dem Schuldner einen Vortheil gewähren. Die eine hat den Ersatz eines Schadens, die andere die Herausgabe einer Bereicherung zum Gegenstande. Einen Schaden ersetzen heißt im Allgemeinen, einen Beschädigten in diejenige Vermögenslage bringen, in welcher er sich befinden würde, wenn das beschädigende Ereigniß nicht eingetreten wäre. Damit ist auch der Erfüllungsort gegeben. Wer eine Sache gestohlen, geraubt oder unterschlagen hat, muß sie dem Beschädigten an deren Standort zurückbringen, einerlei ob sie hier oder an einem andern Orte entzogen worden war. Wer aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung einen Andern an seinem Körper oder seiner Gesundheit verletzt hat, muß die Schadensersatzsumme dem Verletzten an dessen Wohnort bringen Eine Bereicherung herausgeben heißt, Dasjenige, um was das Ver-

mögen des Empfängers in ungerechtfertigter Weise vermehrt ist, so, wie es dermalen ist, herausgeben. Auch damit ist der Erfüllungsort gegeben. Ist der herauszugebende Gegenstand eine individuell bestimmte Sache, so braucht sie nur da geleistet zu werden, wo sie sich befindet, und ist er Geld, so ist der Standort des Baarvermögens des Schuldners Erfüllungsort.

e) Schuldverhältnisse mit Nebenvortheil.

§ 11.

Wir haben uns bisher mit solchen Schuldverhältnissen beschäftigt, welche, für sich allein betrachtet, einem oder dem andern, oder allen Betheiligten einen Vortheil gewähren oder nicht gewähren. Allein es giebt auch Schuldverhältnisse, welche zu einem konkreten Schuldverhältnisse in eine gewisse rechtliche Beziehung oder Verbindung treten. Solche Schuldverhältnisse sind beispielsweise die Bürgschaft und der Vergleich. Wo ist bei ihnen zu erfüllen?

1. Die Bürgschaft. Durch die Bestellung eines Bürgen erhält der Gläubiger eine größere Sicherheit seiner Forderung, also ein wirthschaftliches Gut, dessen Werth je nach dem Grade der Solvenz und des Zahlenwollens des Schuldners ein größerer oder geringerer ist. Je niedriger jener Grad, von um so höheren Werthe ist die solide Bürgschaft, und umgekehrt. Die Bürgschaft bezweckt daher, an sich betrachtet, immer einen Vortheil für den Gläubiger und nicht für den Bürgen als Schuldner, mag auch das Hauptschuldverhältniß keinen Vortheil für den Gläubiger haben. Dürften wir daher bei der Bestimmung des Erfüllungsorts der Bürgschaft lediglich dieses Nebenschuldverhältniß als selbständige Schuld zu Grunde legen, so müßten wir zu dem Resultate gelangen, daß der Bürge stets nur bei sich zu erfüllen, daß er nicht zu bringen, sondern daß der Gläubiger zu holen habe. Von dieser Auffassung ging auch das Reichsgericht bei seiner Entscheidung über den Erfüllungsort der Bürgschaft aus[18]). Ich halte jedoch diese Auffassung nicht für richtig. Denn die Bürgschaftsobligation muß, insoweit nicht kontraktliche Bestimmungen ihr einen gewissen selbständigen Charakter verleihen, stets nur als accessorische Schuld aufgefaßt und behandelt werden, und es ergiebt sich daher schon hieraus die Nothwendigkeit, daß ihr Erfüllungsort am Ort der Erfüllung der Hauptschuld sei, und dies für das Recht

[18]) R. G. Entsch. Bd. 10 S. 283.

des Entwurfs um so mehr, als § 672 desselben bestimmt, daß der Bürge für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in deren jeweiligem Bestande und Umfange hafte.

Dies trifft freilich nur für diejenigen Fälle zu, in welchen die Bürgschaft zunächst und vorzugsweise im Interesse des Schuldners gestellt wurde, im Auftrag oder in nützlicher Führung der Geschäfte desselben, wenn sie gestellt wurde, um demselben den Abschluß des Hauptgeschäfts mit dem Gläubiger überhaupt zu ermöglichen oder ferneren Kredit zu gewähren. Wenn der um ein Darlehn Angegangene erklärt, er wolle es dem Nachsuchenden wohl geben, wenn derselbe ihm durch Stellung eines geeigneten Bürgen Sicherheit für die demnächstige Rückzahlung des Geldes verschaffe, so will er sich damit keineswegs einen über die wirthschaftliche Natur des Darlehns hinausgehenden Vortheil zuwenden, er will vielmehr nur Das haben, was der Schuldner als sorgfältiger und redlicher Kontrahent schon von selbst gewähren muß, nämlich Sicherheit der Forderung des Gläubigers. Das unter Stellung eines Bürgen geschlossene Darlehnsgeschäft ist daher gerade so zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Schuldners geschlossen, wie das ohne Bürgschaftsleistung von einem soliden Darlehnsempfänger geschlossene, und wenn der Gläubiger demnächst das Darlehn vom Bürgen zurückfordert, so verschafft er sich damit keinen größeren Vortheil, als wenn er sein Geld von dem Hauptschuldner einfordern würde. Ganz anders liegt die Sache, wenn sich Jemand lediglich im Interesse des Gläubigers für einen Schuldner verbürgt, wenn er ihm, dem Gläubiger, mit der Verbürgung ein Geschenk machen will. Hier involvirt die Bürgschaft einen wahren Vortheil für den Gläubiger, und diese Bürgschaft unterliegt alsdann, was die Bestimmung des Erfüllungsorts betrifft, den Grundsätzen der Schuldverhältnisse zum Vortheil des Gläubigers, so daß beispielsweise der Bürge für ein Darlehn dieses nicht beim Gläubiger, sondern bei sich zu zahlen hat. In jenen Fällen aber folgt die Bürgschaft der Hauptschuld, der Darlehnsbürge beispielsweise hat seine Verbindlichkeit am vereinbarten Erfüllungsorte, und in dessen Ermangelung beim Gläubiger zu erfüllen, und der Hinterlegungsbürge hat den durch depositum irregulare hinterlegten Geldbetrag am Aufbewahrungsort zu geben.

2. Der Vergleich bezweckt für jeden der Betheiligten insofern einen Vortheil, als das bisher streitige und ungewisse Rechtsverhältniß nunmehr außer Streit und Ungewißheit gesetzt ist (§ 666 Entw.).

Läßt der Vergleich das ursprüngliche Rechtsverhältniß bestehen oder setzt er ein neues Schuldverhältniß an Stelle des früheren streitigen und ungewissen Schuldverhältnisses, so entscheidet die wirthschaftliche Natur des durch den Vergleich beibehaltenen oder angenommenen Schuldverhältnisses über den Erfüllungsort. War z. B. vom Kläger ein Darlehn behauptet, vom Beklagten überhaupt oder als Darlehn bestritten und die Schuld als Kaufpreisschuld nachgegeben, bezüglich dieser aber klageabweisende Einreden vorgeschützt worden, und vergleichen sich die Parteien dahin, daß die Hälfte der eingeklagten Summe als Darlehn geschuldet werden solle, so ist die Vergleichsschuld als Darlehnsschuld anzusehen, welche demnächst beim Gläubiger erfüllt werden muß. Lassen es aber die Parteien absichtlich unentschieden, ob die Schuld Darlehns- oder Kaufschuld sei, nehmen sie ihre desfallsigen Behauptungen und Einwendungen zurück und begnügen sich mit der Vereinbarung, daß Beklagter an einem bestimmten Tage eine bestimmte Summe zahlen solle, so entbehrt diese Vergleichsschuld eines materiellen Charakters, es ist nicht ersichtlich, ob sie vorzugsweise den Vortheil des Klägers oder den des Beklagten bezweckt, und der Gläubiger wird daher die Vergleichssumme demnächst beim Schuldner abholen, und dieser sie nicht jenem bringen müssen.

4. Nachträgliche Veränderungen.

§ 12.

In der bisherigen Darstellung wurde der Erfüllungsort bestimmt auf Grund der thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, wie sie zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses bestanden haben. Daß diese Zeit für die Regel maßgebend sein muß, und daß nachträgliche Veränderungen in thatsächlicher oder rechtlicher Beziehung regelmäßig einflußlos sein müssen, wird nicht bezweifelt werden können, wenn man erwägt, daß nach feststehenden wirthschaftlichen Grundsätzen der bürgerliche Rechtsverkehr sich regelmäßig nur in mäßigen geographischen Kreisen und Grenzen bewegt und bewegen kann, und daß derselbe vielfach durch Rücksichten auf Oertlichkeiten bestimmt wird. Wenn gleich die Kontrahenten in ihren Gedanken nicht so weit gehen, sich Erfüllungsorte zu schaffen, so fixiren sie doch für die Abwickelung ihrer Geschäfte gewisse räumliche und örtliche Punkte, und wenn so auf einem gewissen geographischen Gebiet sich täglich tausende und abertausende von Geschäften ohne Differenzen abspielen, so hat das contrahirende Publikum gar keine Veranlassung, an einen möglichen

Streit über den Erfüllungsort zu denken, oder hierfür auch nur die geringste Vorsicht zu gebrauchen. Für den Gesetzgeber aber liegt Veranlassung vor, sich dieser Ortsinteressen anzunehmen, und wenigstens Das als Regel aufzustellen, daß die zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses obwaltenden Verhältnisse und Umstände für die Bestimmung des Erfüllungsorts maßgebend seien. Der hiernach sich ergebende Erfüllungsort darf daher durch die Uebertragung der Forderung oder durch den Tod des Gläubigers oder Schuldners und deren Beerbung durch anderswo wohnende Erben keine Veränderung erleiden.

Der entschuldbare Irrthum eines oder des andern Kontrahenten über maßgebende Oertlichkeiten, sowie der Betrug kann in den geeigneten Fällen zur Ungültigkeit des ganzen Geschäfts führen. Die nähere Erörterung der hier einschlagenden Fragen gehört in das Gebiet der Mängel der Willenserklärung. Hier sei nur hervorgehoben, daß wenn die Umstände, unter welchen ein Schuldverhältniß eingegangen wird, auf gewisse maßgebende Oertlichkeiten schließen lassen, derjenige Kontrahent, der eine abweichende Oertlichkeit für sich in Anspruch nimmt, zur desfallsigen Anzeige verpflichtet ist.

Von der oben aufgestellten Regel der maßgebenden Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses müssen aber, wie bereits das Römische Recht gethan hat, Ausnahmen gemacht werden. Was soll Rechtens sein, wenn die geschuldete individuell bestimmte Sache im Laufe des Bestandes des Schuldverhältnisses den Ort ihrer Lage verändert, oder wenn der Schuldner oder Gläubiger einer generisch bestimmten Sache nachträglich den Standort seines desfallsigen Vermögens wechselt und dieses an einen anderen Ort verlegt? Soviel ist von vornherein klar, daß eine solche Ortsveränderung eine den Erfüllungsort verändernde Wirkung nicht haben kann, wenn sie in Folge eines Verschuldens des Betheiligten, für welches er nach Inhalt und Charakter seiner Verpflichtung einzustehen hat, oder nach eingetretenem Verzuge seinerseits erfolgte. Wie aber, wenn ein solches Verschulden nicht begründet ist? Hier muß man zunächst unterscheiden zwischen den Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Gläubigers (und den diesen gleichgestellten Schuldverhältnissen) einerseits und den Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Schuldners andererseits. Bei ersteren spricht ihre ganze Natur und die Billigkeit dafür, daß die ohne Verschulden des Schuldners an einen andern Ort gelangte indi-

viduell bestimmte Sache auch nur an letzterem Orte zu leisten ist. Die Gefahr der Ortsveränderung trifft den Gläubiger. Wird eine generisch bestimmte Sache geschuldet, so kann man dem Schuldner die Verlegung des Standortes seines desfallsigen Vermögens nicht verwehren, allein es liegt ihm doch ob, dem Gläubiger von der Absicht der Verlegung dieses Standorts rechtzeitig Kenntniß zu geben, damit derselbe das Schuldverhältniß durch Einforderung der geschuldeten Sachen lösen kann. Beläßt er trotzdem die Sache dem Schuldner, so willigt er damit in die Verlegung des Erfüllungsorts ein. Bei den Schuldverhältnissen zum Vortheil des Schuldners dagegen trägt dieser die Gefahr der Ortsveränderung der geschuldeten individuell bestimmten Sache, der Entleiher einer Sache beispielsweise hat dieselbe, falls sie gestohlen und hierdurch an einen weit entfernten Ort gebracht worden war, trotzdem und auf seine Kosten dem Verleiher zu bringen. Eine Veränderung des Wohnorts des Schuldners einer generisch bestimmten Sache als Standort seines desfallsigen Vermögens hat selbstverständlich gar keinen Einfluß, der Darlehnsschuldner beispielsweise hat nach wie vor seine Schuld beim Darlehnsgläubiger zu erfüllen. Verändert aber der Gläubiger seinen Wohnsitz und somit den Standort seines in Frage stehenden Vermögens, so darf hierdurch meines Erachtens der ursprüngliche Erfüllungsort zum Nachtheil des Schuldners nicht verändert werden.

Bei den Schuldverhältnissen zum Vortheil beider Theile (Tausch), bei welchen jeder Betheiligte abzuholen hat, sowie bei den auf Herausgabe einer Bereicherung gerichteten Schuldverhältnissen trägt der Forderungsberechtigte, bei den Schuldverhältnissen auf Schadensersatz der Schuldner die Gefahr der Ortsveränderung, in den ersteren Fällen jedoch nach Maßgabe der von den Schuldverhältnissen zum Vortheil des Gläubigers, und in den letzteren Fällen nach Maßgabe der von den Schuldverhältnissen zum Vortheil des Schuldners geltenden Grundsätze.

B. Kritik und Vorschlag.

I. Aeußere Gestalt.

§ 13.

Der Entwurf hat die ganze Lehre vom Erfüllungsort in zwei kurzen Paragraphen (§§ 229, 230) zusammen gedrängt. Wünschenswerth wäre es, wenn dieselben das gesammte positive und wissenschaftliche Material enthielten, welches erforderlich ist, um den wissenschaft-

lich gebildeten Juristen in den Stand zu setzen, die ihm vorkommenden Erfüllungsortsfälle richtig zu entscheiden. Allein sie enthalten dieses Material bei Weitem nicht, und es ist auch schlechterdings unmöglich, mag man bei der Darstellung auch noch so ökonomisch zu Werke gehen, das erforderliche Material in jenem bescheidenen Raume unterzubringen. Der Erfüllungsort ist ein Rechtsinstitut, welches bei jedem und jedem der zahlreichen Schuldverhältnisse zur Erscheinung gelangt, und diese sind von so außerordentlich verschiedener Natur, die zu berücksichtigenden Interessen der Betheiligten sind so widersprechend, die zur Erscheinung gelangenden Oertlichkeiten so mannigfaltig und die Gegenstände der geschuldeten Leistungen so leicht dem Wechsel des Orts unterworfen, daß eine viel breitere und detaillirtere Behandlung dieser Lehre im Gesetz geboten ist, wie etwa bei der Lehre von der Erfüllungszeit mit ihren einfachen Verhältnissen und Gesichtspunkten. Die Raumökonomie muß daher ganz entschieden in den Hintergrund treten. Detailbestimmungen sind zwar selbstverständlich so viel als möglich zu vermeiden, und wir werden uns darüber klar sein, daß der Gesetzgeber möglichst allgemeine Rechtsgrundsätze aufzustellen und ihre Anwendung auf das Leben dem Richter zu überlassen hat. Der Entwurf hat die Richtigkeit dieser Methode erkannt und hat darum fünf solcher allgemeinen Rechtsgrundsätze aufgestellt. „Ist der Ort an welchem die Leistung zu bewirken ist, so sagt er (§ 229),

1. weder durch Gesetz,
2. oder Rechtsgeschäft,
3. noch durch die Beschaffenheit der Leistung bestimmt, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, welcher
4. der Natur des Schuldverhältnisses und
5. dem muthmaßlichen Willen der Betheiligten entspricht."

In der Meinung, daß diese Regeln nicht für alle Fälle genügten, hat der Entwurf noch zwei subsidiäre Erfüllungsorte aufgestellt, nämlich

6. den Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses, und
7. für Geldzahlungen den Wohnsitz des Gläubigers zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses.

Mag man auch an den drei ersten Bestimmungsgründen (Gesetz, Rechtsgeschäft d. h. doch wohl: ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung bezw. Willenserklärung und Beschaffenheit der Leistung) nichts Wesentliches auszusetzen haben, so ist doch zunächst die „Natur des Schuldverhältnisses" eine ganz räthselhafte Existenz. Die Motive

sagen uns nicht mit einer Silbe, was unter dieser Natur des Schuldverhältnisses zu verstehen sei. Ich bin ja, wie die vorausgehenden Erörterungen darthun, auch der Ueberzeugung, daß die wirthschaftliche (thatsächliche) und rechtliche Natur der Schuldverhältnisse den Erfüllungsort bestimmen hilft, aber ich habe doch diese Natur zu ergründen und festzustellen gesucht. Der Richter der Zukunft wird, wenn Gesetze und Motive ihn über diese Natur völlig im Dunkeln lassen, auf seine eigenen wissenschaftlichen Forschungen angewiesen sein, und es werden sicherlich viele Jahrzehnte vergehen, bis es der Rechtssprechung und theoretischen Arbeiten gelingen wird, eine halbwegs sichere Begründung jener Natur der Schuldverhältnisse zu erzielen. Das ist aber ein Zustand, den die Praxis nicht vertragen kann und dem daher durch unser bürgerliches Gesetzbuch vorgebeugt werden muß. Eine Rechtssprechung durch das Reichsgericht wird sich kaum bilden können, da durch den fünften Bestimmungsgrund des Erfüllungsorts, den muthmaßlichen Willen der Betheiligten, der Weg zum Reichsgericht fast vollständig verlegt wird. Der muthmaßliche Wille der Betheiligten ist ein faktischer Zustand und keine Rechtsnorm, er entzieht sich daher der Nachprüfung in der Revisionsinstanz. Das aber unterliegt für jeden mit der Praxis der Vorinstanzen Vertrauten keinem Zweifel, daß dieselben in allen dunkeln Fällen, wenn ihnen die räthselhafte Natur des Schuldverhältnisses keinen Ausweg bietet, den muthmaßlichen Willen der Betheiligten heranziehen werden, und dies um so mehr, als die Motive gestatten, zur Annahme desselben im Einzelfall auf Treu und Glauben zu verweisen. Diese Zustände sind unerträglich und es erwächst daher dem Gesetzgeber die Pflicht, Dasjenige klar und deutlich auszusprechen, was er unter der Natur des Schuldverhältnisses verstanden haben will. Die subsidiären Erfüllungsorte (6 und 7) sind nur geeignet, die allergrößte Verwirrung anzurichten. Es ist nicht denkbar, daß irgend ein Schuldverhältniß keine „Natur" habe. Nimmt aber das Gesetz für gewisse Schuldverhältnisse dennoch eine Nichtnatur an und giebt dabei nicht zu verstehen, welche Schuldverhältnisse dies sein sollen, so wird sich der Richter ganz gewiß der Mühe der Erforschung jener Natur nicht unterziehen und dann sofort zu den subsidiären Erfüllungsorten greifen. Dann aber würde der Entleiher einer Sache oder der Empfänger eines Fruchtdarlehns die geschuldeten Objekte nur an seinem Wohnsitz zurückzugeben und der Gläubiger sie hier zu holen haben, und der Beauftragte, der Geschäftsführer ohne Auftrag,

der Alimentenverpflichtete und der mit einem Vermächtniß beschwerte Erbe die geschuldeten Gelder den betreffenden Gläubigern zu bringen haben, Resultate, die unserer Rechtsüberzeugung aufs Grellste widersprechen.

Aus Vorstehendem ergiebt sich für den Gesetzgeber die Nothwendigkeit einer breiteren und eingehenderen Behandlung der Lehre vom Erfüllungsort, welche in Nachfolgendem versucht werden soll.

II. Inhalt.

1. Begriff und Arten des Erfüllungsorts.

§ 14.

Der Entwurf hat eine Bestimmung des Begriffs des Erfüllungsorts nicht gegeben. Man muß ihm hierin beistimmen. Nicht deshalb, weil sich der Begriff von selbst ergiebt oder seine Bestimmung unpraktisch wäre, sondern deshalb, weil eine solche Begriffsbestimmung vorzugsweise in das Gebiet der wissenschaftlichen Thätigkeit gehört. Wir werden im Laufe unserer Darstellung erkennen, daß der Erfüllungsort zwei Bedeutungen hat, und um diese Erkenntniß vorzubereiten, will ich meine Ansicht über diesen Punkt hier aussprechen.

Im Allgemeinen ist der Erfüllungsort oder der Ort der Leistung derjenige Ort, an welchem die geschuldete Leistung vorgenommen werden muß oder darf. Dieser allgemeine Erfüllungsort zerfällt in zwei spezielle Erfüllungsorte. Der eigentliche Erfüllungsort ist der Ort, an welchem der Schuldner die geschuldete Leistung vornehmen muß und darf, bezw. der Gläubiger ihre Vornahme fordern darf und sie annehmen muß. Uneigentlicher Erfüllungsort ist theils der Ort, an welchem der Schuldner leisten darf, nicht muß, bezw. der Gläubiger annehmen muß, nicht fordern darf; theils der Ort, an welchem der Gläubiger fordern darf, nicht annehmen muß, bezw. der Schuldner leisten muß, aber nicht anbieten darf.

Das Leben kennt kumulativ und alternativ verbundene Erfüllungsorte. Der Entwurf hat ihrer nicht erwähnt. Die Motive besagen nur, daß, falls für ein Schuldverhältniß mehrere Leistungsorte bestimmt seien, durch Interpretation festzustellen wäre, ob die Nennung der mehreren Orte kumulativ oder alternativ gedacht sei, desgleichen nach welchen Theilen ersteren Falls die Leistung an den verschiedenen Orten zu bewirken sei. Stehe aber fest, daß die Leistung an dem einen oder dem andern Orte zu bewirken sei, so liege ein Fall einer Alternativobligation vor. Man kann im Zweifel darüber sein, ob

sich die Aufnahme einer Bestimmung über diese Arten des Erfüllungsorts im Gesetzbuch empfehle. Wäre der Entwurf überhaupt breiter angelegt, so würde ich diese Aufnahme befürworten, wie ja denn auch eine Reihe neuerer Gesetze und Entwürfe es gethan haben. So aber möchte ich im Interesse der Oekonomie davon absehen. Nach gemeinem Recht kann bei alternativer Ortsbestimmung das Wahlrecht dem Gläubiger oder Schuldner überlassen werden. Ist in dieser Hinsicht nichts bestimmt, so steht das Wahlrecht bei Vertragsobligationen dem Schuldner, bei Vermächtnissen dem Legatar zu. Im Fall des Verzugs des Gläubigers oder Schuldners finden die Bestimmungen über die Wirkungen desselben auf das Wahlrecht überhaupt sachentsprechende Anwendung. Bei kumulativer Ortsbestimmung wird die geschuldete theilbare Leistung an allen Orten zu gleichen Theilen geschuldet, die untheilbare im Zweifel alternativ an einem oder dem andern dieser Orte.

2. Bestimmungsgründe des Erfüllungsorts.

§ 15.

Es giebt vier und nur vier den Erfüllungsort bestimmende Gründe: der Ort der Lage einer unbeweglichen Sache, das Gesetz, der Wille der Betheiligten und die Natur der Schuldverhältnisse.

Ein unabänderlicher und nicht verschiebbarer Erfüllungsort ist bei denjenigen Schuldverhältnissen gegeben, welche eine bestimmte unbewegliche Sache zum Gegenstand der geschuldeten Leistung haben, wie die Uebergabe eines verkauften oder verpachteten Grundstücks. Dies ist so selbstverständlich, daß es einer Aufnahme in ein knapp angelegtes Gesetzbuch nicht bedarf. Der Entwurf hat dies denn auch nicht unmittelbar gethan, sondern spricht von der „Beschaffenheit der Leistung" als eines Bestimmungsgrundes. Dieser Begriff geht weiter als der der Unbeweglichkeit der Leistung und streift vielfach das Gebiet der Ortsvereinbarung, indessen werden aus dem Mangel gehöriger Bestimmtheit wohl kaum praktische Nachtheile entstehen. — Das Gesetz kann im Gegensatz zum Willen der Betheiligten und zur Natur der Schuldverhältnisse durch positive Bestimmungen für gewisse Schuldverhältnisse einen besonderen Erfüllungsort einführen, daß aber für den bürgerlichen Rechtsverkehr ein gegründeter Anlaß hierzu vorliegt, möchte zu bezweifeln sein. — Der Wille der Betheiligten kommt im Rechtsgeschäft zur Erscheinung; aber er muß zur Erscheinung gelangt und nicht ein bloß innerer geblieben sein, wenn er Beachtung verdienen soll; er muß ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein.

Der sogenannte muthmaßliche Wille der Betheiligten ist schlechterdings zurückzuweisen; nirgends sind die Gefahreu der Willkür und Oberflächlichkeit größer als bei der Erforschung dieses muthmaßlichen Willens. — Der vierte Bestimmungsgrund des Erfüllungsorts ist die wirthschaftliche und rechtliche Natur der Schuldverhältnisse. Was meiner Ansicht nach darunter zu verstehen ist, habe ich in den §§ 6 ff. gezeigt. Dies ist der innerste Kern der ganzen Lehre. Wenn wir uns jetzt vor der Schwelle des bürgerlichen Gesetzbuchs hierüber nicht klar werden, so haben alle einzelnen Bestimmungen über den Erfüllungsort keinen wissenschaftlichen Werth, sie würden Fragmente sein und bleiben, die uns keine innere Befriedigung gewähren. Die von mir gefundenen und aus dem Römischen Rechte herstammenden Prinzipien sind ja vielleicht unrichtig, allein sie sind doch, wie ich gewiß hoffen darf, mindestens einer Kritik und des Versuchs eines Ersatzes durch andere, die richtigen, werth.

Bei der Darstellung der Natur des Schuldverhältnisses halte ich es im Interesse der Vollständigkeit und Klarheit für geboten, die allgemeinen Regeln und die Regeln für ihre Anwendung auf die einzelnen Kategorien der Schuldverhältnisse äußerlich getrennt zu halten. Ich beantrage daher:

die Worte: „und dem muthmaßlichen Willen der Betheiligten" im § 229 zu streichen, im Uebrigen aber die Fassung des Entwurfs beizubehalten, so daß derselbe lauten würde:

§ 229.

Ist der Ort, an welchem die Leistung zu bewirken ist, weder durch Gesetz oder Rechtsgeschäft noch durch die Beschaffenheit der Leistung bestimmt, so hat der Schuldner an dem Orte zu leisten, welcher der Natur des Schuldverhältnisses entspricht.

Hierbei gelten im Allgemeinen folgende Regeln:

1. Bei denjenigen Schuldverhältnissen, welche nur einem Betheiligten ausschließlich oder vorzugsweise einen Vortheil gewähren, soll die Leistung an demjenigen Orte stattfinden, an welchem sie ohne weiteren Nachtheil für den belasteten Betheiligten geschehen kann, und zwar braucht
   a) bei Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Gläubigers

der Schuldner die Leistung nur da vorzunehmen, wo er sie ohne weiteren Nachtheil (ohne besondere Opfer zu bringen) vornehmen kann, und der Gläubiger muß die Leistung an diesem Orte in Empfang nehmen. Der Erfüllungsort ist beim Schuldner;

b) bei Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Schuldners braucht der Gläubiger die Leistung nur da anzunehmen, wo er sie ohne weiteren Nachtheil (ohne besondere Opfer zu bringen) annehmen kann, und der Schuldner muß an diesem Orte leisten. Der Erfüllungsort ist beim Gläubiger.

2. Bei denjenigen Schuldverhältnissen, welche jedem Betheiligten einen Vortheil gewähren, braucht der Schuldner nur bei sich zu erfüllen, und

3. bei denjenigen Schuldverhältnissen, welche keinem Betheiligten einen Vortheil gewähren, hat der schadensersatzpflichtige Schuldner beim Gläubiger, der zur Herausgabe einer Bereicherung verpflichtete bei sich zu erfüllen.

§ 229a.

Im Einzelnen gilt bei den Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Gläubigers:[19])

1. Wird eine individuell bestimmte Sache geschuldet, so ist sie da zu leisten, wo sie sich zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses befand oder befinden sollte bzw. wohin sie verbracht werden sollte oder durfte. Ihr rechtmäßiger Aufenthaltsort ist Erfüllungsort.

Gelangt sie in der Folge ohne ein Verschulden des Schuldners, für welches er nach Charakter und Inhalt seiner Verpflichtung einzustehen hat,

---

[19]) Hier könnte in Paranthese zugefügt werden: „wie namentlich beim Hinterlegungsvertrag, Auftrag, bei der Geschäftsführung, Schenkung, beim Vermächtniß u. dgl. m.“

an einen anderen Ort, so ist sie an diesem zu leisten. Ihr zufälliger Aufenthaltsort ist Erfüllungsort.

Gelangt sie ohne ein solches Verschulden, aber nach Eintritt eines Verzugs des Schuldners an einen anderen Ort, so muß sie der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers an dem Ort leisten, wo sie sich vor dem Verzug befand.

2. Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so ist sie an dem zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses begründeten Standort derjenigen Vermögensgattung des Schuldners zu leisten, welcher sie angehört, und im Zweifel, am Wohnort des Schuldners.

Bildet sie den Gegenstand eines Vermächtnisses und ist sie in genügender Zahl und Beschaffenheit im Nachlaß vorhanden, so ist sie am Standort der hinterlassenen Vermögensgattung bzw. des größeren Theils derselben und im Zweifel am Ort der Lage der Erbschaft zu leisten. Ist sie nicht vorhanden, so kann sie der Erbe nach seiner Wahl entweder hier oder am Standort seines eigenen Vermögens leisten.

Hat der Schuldner in der Folge jenen Standort ohne bösliche Absicht und ohne Verletzung seiner desfallsigen Anzeigepflicht gegen den Gläubiger verlegt, oder fand diese Verlegung vor Eintritt eines Verzugs statt, so ist der neue Standort Erfüllungsort.

§ 229b.

Bei Schuldverhältnissen zum ausschließlichen oder vorzugsweisen Vortheil des Schuldners [20]) gelten folgende Regeln:

1. Ist das Schuldverhältniß auf Rückgabe einer individuell bestimmten Sache gerichtet, so ist es da zu erfüllen, wo die vom Gläubiger hin-

[20]) Hier könnte in Parenthese zugefügt werden: „wie namentlich bei der Gebrauchsleihe und dem Darlehn!"

gegebene Sache zur Zeit seiner Entstehung ihren Standort hatte. Ist es auf Rückgabe einer nur der Gattung nach bestimmten Sache gerichtet, so ist es an dem zur Zeit seiner Entstehung begründeten Standort des aus Sachen derselben Gattung bestehenden Vermögens des Gläubigers und im Zweifel an dessen Wohnort zu erfüllen.

2. Ist das Schuldverhältniß auf eine andere Leistung als auf Rückgabe gerichtet, so ist es da zu erfüllen, wo der Gläubiger als ordentlicher Wirthschafter Sachen der geschuldeten Art zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses zu haben und aufzubewahren pflegte.

§ 230.

Bei Schuldverhältnissen zum Vortheil beider Betheiligten hat, vorbehaltlich der Bestimmungen des § 230a, jeder Schuldner nur bei sich zu erfüllen, er hat, soweit sich aus der wirthschaftlichen Natur des Einzelfalls nichts Anderes ergiebt, die geschuldete Sache nicht dem Gläubiger zu bringen, sondern dieser hat sie beim Schuldner an ihrem Standorte abzuholen. Im Einzelnen finden für jeden Betheiligten die Bestimmungen des § 229a sachgemäße Anwendung.

§ 230a.

Soweit sich aus der wirthschaftlichen Natur des Einzelfalls nichts Anderes ergiebt, hat der Verkäufer[21]) die verkaufte bewegliche Sache an deren Standort zu liefern (§ 229a), wogegen der Käufer den Kaufpreis dem Verkäufer bringen muß (§ 229b Nr. 2). Letzteres ist auch beim Kaufvertrag über unbewegliche Sachen der Fall.

Beim Miethvertrag über bewegliche Sachen hat, soweit sich aus der wirthschaftlichen Natur des

[21]) Wie früher nachgewiesen, halte ich das Kaufgeschäft und andere Geschäfte für vorzugsweise den Vortheil des Käufers bezweckend. Da ich indessen eine allgemeine Zustimmung in dieser Hinsicht nicht erwarten darf, so mußte ich mindestens für einige jener Geschäfte besondere, mit der Rechtsanschauung des Verkehrs übereinstimmende Bestimmungen vorschlagen.

Einzelfalls nichts Anderes ergiebt, der Miether die gemiethete Sache beim Vermiether an ihrem Standorte abzuholen, und wieder dahin zu bringen, und den Miethpreis beim Vermiether zu zahlen. Letzteres ist auch beim Miethvertrag über unbewegliche Sachen der Fall.

Die Zinsen des Darlehns müssen dem Gläubiger gebracht, die Zinsen des irregulären Depositums beim Schuldner abgeholt werden.

Die Versicherungsprämien müssen, falls nichts Anderes vereinbart ist, dem Versicherer oder dessen zur Empfangnahme legitimirten Agenten gebracht werden.

Der mit dem Abschluß von Rechtsgeschäften mit Dritten Beauftragte braucht nicht blos das, was er hieraus empfangen und eingenommen hat, bei sich zu leisten, sondern kann auch die Rückzahlung seiner Auslagen und Vorschüsse, sowie die Zahlung seiner Gebühren bei sich verlangen.

3. Die Verpflichtung zum Schicken.

§ 16.

Schon das Römische Recht hat eine Verpflichtung des Schuldners, der nach Inhalt seiner Obligation nur bei sich zu erfüllen hätte, zum Schicken der geschuldeten Sache im Prinzipe anerkannt. Es ist aber dabei stehen geblieben, nur ein Schicken an den Klageort anzuordnen. Für uns hat diese Beschränkung gar keine Bedeutung. Die Verpflichtung zum Schicken der Sache an den Gläubiger ist sowohl im eigentlichen Handelsverkehr, wie im bürgerlichen Verkehr eine Nothwendigkeit. Sie auf den Fall ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung zu beschränken, würde den dringendsten Bedürfnissen des Lebens widersprechen. In Frage könnte nur Zweierlei kommen: Muß der Schuldner unter allen Umständen schicken, oder giebt es Umstände, welche ihn davon befreien; und sodann, wohin muß er schicken, und wohin nicht?

In letzterer Beziehung nehme ich keinen Anstand, den Schuldner zu einem Schicken der Sache an jeden, vom Gläubiger ihm aufgegebenen Ort, und nicht etwa blos an den aus den Umständen zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses sich ergebenden

Bedarfs- oder Bestimmungsort zu verpflichten, immer aber unter der Voraussetzung, daß die Lage des schickenden Schuldners nicht eigentlich benachtheiligt wird. Der Kaufmann in Frankfurt a. M., der in Pest tausend Sack Weizen brieflich oder telegraphisch kauft, gibt einige Zeit nach Kaufabschluß seinem Pester Verkäufer die Ordre, daß er die Ladung nach Berlin oder Amsterdam oder an einen sonstigen Ort schicken möge, oder der Pester Verkäufer fragt nach einiger Zeit an, wohin er den Weizen senden solle. Im ganzen Handelsverkehr nimmt man an der Verpflichtung des Verkäufers zur Sendung der Waare an den vom Käufer nachträglich bezeichneten Bestimmungsort keinen Anstand. Und wenn ich im kleinen Verkehr bei einem Berliner Luxusgeschäft brieflich eine Sache kaufe, und nachträglich meinen Verkäufer ersuche, er möge sie mir nicht nach Gießen, sondern nach München senden, so weiß das Berliner Geschäft, daß es zu letzterer Sendung verpflichtet ist. Ich beantrage daher:

§ 230b.

In allen Fällen, in welchen der Schuldner nur bei sich zu erfüllen (der Gläubiger den geschuldeten Gegenstand beim Schuldner abzuholen) hätte, kann der Gläubiger die ordnungsmäßige Zusendung des geschuldeten Gegenstandes an seinen Wohn- bezw. Geschäftssitz oder an einen beliebigen anderen Ort, jedoch nur gegen vorerstigen Ersatz der dem Schuldner daraus erwachsenden Auslagen verlangen, es sei denn

1. daß er, ohne besondere Opfer bringen zu müssen, die Leistung am Erfüllungsorte selbst oder durch Stellvertreter entgegennehmen kann, oder
2. daß die Versendung für den Schuldner mit gleicher oder größerer Mühe verbunden ist, als die Empfangnahme der Leistung am Erfüllungsort für den Gläubiger, oder
3. daß die Umstände, unter welchen der Schuldner zur Versendung verpflichtet wäre, durch eigenes Verschulden des Gläubigers herbeigeführt wurden, oder
4. daß der Schuldner trotz eifriger Bemühungen einen geeigneten Transportanten nicht finden kann.

4. Uneigentlicher Erfüllungsort.

§ 17.

Der uneigentliche Erfüllungsort (§ 14) ist im bürgerlichen Verkehre gar nicht zu entbehren. Seine Berechtigung ist so augenscheinlich, daß ich mich jeder weiteren Begründung enthalten kann, wenn ich den Zusatz beantrage:

§ 230c.

Ueberall, wo der Schuldner nur bei sich zu erfüllen (der Gläubiger also den geschuldeten Gegenstand bei jenem abzuholen) hat, kann der Schuldner bringen, und wo derselbe bringen müßte, kann der Gläubiger abholen, sofern dadurch die Lage des anderen Theils nicht verschlimmert wird.

Schluß.

§ 18.

Nach den in vorstehenden Paragraphen formulirten Sätzen wird der § 230 Entwurfs überflüssig, ebenso der vom Erfüllungsort des Schenkers redende § 446 und der vom Rückgabeort der hinterlegten Sache sprechende § 620. Aufgabe der Gutachter über die Aufrechnung (§ 281 ff.) wird es sein, den § 285 zu würdigen. Ich beantrage daher:

die §§ 230, 446 und 620 zu streichen.

Die Unterbrechung der Verjährung.

Von Rechtsanwalt Dr. O. Horwitz in Hamburg.

Wenngleich der von der Anspruchsverjährung handelnde Abschnitt des Entwurfs als Ganzes bereits in diesen Blättern Gegenstand der Besprechung gewesen ist, so mag es doch nicht unangebracht erscheinen, von den zahlreichen einschlägigen Fragen gerade die in der Ueberschrift bezeichnete herauszugreifen und ihr eine besonders eingehende Erörterung zu widmen. Wohnt ihr doch eine hervorragende praktische Bedeutung schon um deswillen inne, weil die mit jedem Verjährungsgesetze für den Gläubiger untrennbar verknüpften Nachtheile durch eine billige und zweckentsprechende Regelung der Unterbrechungsfrage ihrer Härte zum beträchtlichen Theile entkleidet werden können.

Die hierher gehörigen Bestimmungen des Entwurfs, soweit ihre Kenntniß zum Verständniß der nachfolgenden Abhandlung erforderlich ist, finden sich in den §§ 169 bis 171, welche lauten:

§ 169.

„Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Verpflichtete gegenüber dem Berechtigten den Anspruch anerkennt, insbesondere durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Pfandbestellung oder Bürgschaftsbestellung."

§ 170.

„Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruchs, auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils Klage erhebt. Der Klagerhebung stehen gleich:

1. die Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren;

2. die Anmeldung einer Konkursforderung im Konkurse;
3. die Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt;
4. die Vornahme einer Vollstreckungshandlung und, soweit die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist, die Stellung des auf die Zwangsvollstreckung gerichteten Antrages.

Die Vorschrift des § 190 der C. P. O. bleibt unberührt."

§ 171.

„Die Unterbrechung mittels Klagerhebung gilt als nicht erfolgt, wenn der Berechtigte die Klage zurücknimmt, oder wenn dieselbe wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird.

Wird die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen und von dem Berechtigten binnen sechs Monaten nach der Rechtskraft des Urtheils bei dem zuständigen Gerichte neue Klage erhoben, so gilt die Verjährung als durch die erste Klagerhebung unterbrochen."

(Es folgen einige hier nicht interessirende Einzelbestimmungen für die Fälle der C. P. O. §§ 36 und 560.)

Der Entwurf hält also streng an dem Grundsatz fest, daß nur die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs die Verjährung unterbricht. „Die gerichtliche Feststellung des Anspruchs sei begrifflich allein geeignet, die Verjährung zu unterbrechen," heißt es in den Motiven (S. 328), und damit rechtfertigt die Kommission den Ausschluß nicht nur der außergerichtlichen Mahnung, sondern auch der Aufrechnungseinrede aus der Zahl der zur Unterbrechung geeigneten Handlungen.

Was die außergerichtliche Mahnung anlangt, so stehen die Bestimmungen des Entwurfs im Einklang mit dem im weitaus größten Theile Deutschlands geltenden Recht. Ob und inwieweit dieses Recht bisher zu Klagen Anlaß gegeben hat, vermag der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes, dessen Wohnsitz in dieser Beziehung zu den Ausnahmegebieten gehört, aus eigener Erfahrung leider nicht zu beurtheilen. Soviel aber darf unbedenklich behauptet werden, daß in Hamburg, wo einfache Mahnung zur Unterbrechung der Verjährung ausreicht, niemals der Wunsch nach einer Aenderung des bestehenden Rechtszustands laut geworden ist, es sei denn höchstens nach der

Richtung hin, daß man es für wünschenswerth erklärt hätte, die Beobachtung gewisser Förmlichkeiten, wie etwa die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher, vorzuschreiben, womit dann gleichzeitig aller Streit über Erfolgtsein oder Nichterfolgtsein der Mahnung ein für alle Mal abgeschnitten wäre. Und in der That! der unbefangenen Prüfung können die überwiegenden, wesentlichen Vorzüge des Hamburgischen Systems schwerlich entgehen. Es ist eine ganz unabweisbare Forderung der Gerechtigkeit, die jeder Gläubiger von der Rechtsordnung erwarten darf, daß sie ihm die Möglichkeit gewähre, ohne nennenswerthen Aufwand an Mühe und Kosten den Eintritt der Verjährung abzuwenden. Unendlich zahlreich sind die Fälle — und sie werden in Folge der vom Entwurf vorgesehenen kurzen Verjährungsfristen noch beträchtlich zunehmen —, in denen über das Bestehen des Anspruchs ebensowenig ein Zweifel besteht, wie über die völlige Aussichtslosigkeit einer jeden Zwangsvollstreckungsmaßregel. Solche Fälle sind wahrlich für den Gläubiger an sich schon hart genug; der einzige Trost, der ihm bleibt, besteht in der Hoffnung, daß der Schuldner später zu Vermögen kommen und dann zwangsweise dazu angehalten werden könne, seine Schuld zu begleichen. Nur zu oft erweist sich diese Hoffnung als trügerisch; welchen Grund hat da die Gesetzgebung, eine Handlung, die der Gläubiger vorzunehmen gezwungen ist (wenn er nicht auf die Aussicht, jemals zu seinem Gelde zu gelangen, endgültig verzichten will), mehr als unumgänglich nothwendig mit Unkosten zu verknüpfen? Wie läßt es sich rechtfertigen, daß der Staat den Gläubiger vor die Alternative stellt, entweder sein gutes Recht aufzugeben oder den ihm zugefügten Verlust noch durch beträchtliche, sehr wahrscheinlich nutzlose neue Geldopfer zu vergrößern? Ohne namhafte Geldopfer aber wird, wenn der Entwurf Gesetz werden sollte, eine Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem nicht ganz besonders gutwilligen Schuldner nach § 170 in der Regel unmöglich sein.

Die wenigen Worte, welche die Motive der besprochenen Frage widmen, sind nicht sonderlich geeignet, obschwebende Bedenken zu beseitigen. „Führt die Mahnung" — so heißt es auf S. 330 — „zur Befriedigung, so erledigt sich die Sache von selbst; führt dieselbe zu einem Anerkenntnisse, so unterbricht dieses; bleibt sie erfolglos, so ist der Berechtigte um so mehr veranlaßt, das zur Wahrung seines Anspruchs erforderliche vorzunehmen." Das klingt recht bestechend, und logisch-theoretisch mag ja auch die Anthithese ganz richtig sein.

Praktisch aber führt in der allergrößten Mehrzahl der Fälle die Mahnung weder zur Befriedigung noch zur Anerkennung noch auch zum Bestreiten der Forderung, sondern sie bleibt ganz einfach unbeantwortet; kann man da billigerweise dem Gläubiger zumuthen, unter Aufwendung beträchtlicher Prozeßkosten mit dem Schuldner einen Streit auszutragen, der bei der Vermögenslosigkeit der Gegenpartei zur Zeit für ihn nicht das mindeste praktische Interesse hat und möglicher-, ja wahrscheinlicherweise niemals ein praktisches Interesse gewinnen wird?

Wo aber wirklich einmal der Fall eintritt, daß dem gemahnten Schuldner ernstlich darum zu thun ist, sein Verhältniß zu dem Mahnenden klarzustellen, da bietet ihm ja die Feststellungsklage aus § 231 der C. P. O. die jederzeit bereite Handhabe. Daß eine zur Unterbrechung der Verjährung geeignete Mahnung ohne Weiteres das rechtliche Interesse des Schuldners an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses begründe, wird man unbedenklich annehmen dürfen; äußersten Falls wäre etwaigen diesbezüglichen Zweifeln durch eine ausdrückliche dahingehende Vorschrift leicht abgeholfen. Man darf auch nicht etwa einwenden, die Unbilligkeit sei die gleiche, ob es der Gläubiger oder der Schuldner sei, den man auf den kostspieligen Prozeßweg verweise, denn einmal wird sich der Schuldner bei seiner Feststellungsklage der Regel nach einem zahlungsfähigen, der Gläubiger dagegen bei seiner Leistungsklage sehr häufig einem zahlungsunfähigen Gegner gegenüber befinden, außerdem aber darf nicht vergessen werden, daß für den Gläubiger, wenn er nicht zur Klage schreiten will, praktisch der gänzliche Verlust seines Anspruchs auf dem Spiele steht, während der Schuldner im schlimmsten Falle doch nichts weiter riskirt, als seinen Prozeß gegen den Gläubiger zu einer späteren Zeit austragen zu müssen.

Entschließt man sich, der Mahnung, sei es auch nur der besonders qualifizirten, unterbrechende Wirkung zuzugestehen, so muß natürlich von jeder Klage dasselbe gelten, gleichviel ob sie beim zuständigen oder unzuständigen Gericht erhoben, ob sie hernach zurückgenommen oder wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird. Alle die komplizirten Vorschriften des § 171 würden dann entbehrlich, und man entginge so den theilweise recht wunderlichen Konsequenzen, die sich aus der vorliegenden Gestaltung dieses Paragraphen ergeben. Hiervon nur ein Beispiel: Gesetzt den Fall, der Gläubiger strengt kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Klage an. Der Beklagte,

der vielleicht einige Wochen vorher seinen Wohnsitz verändert hat, bemängelt die Zuständigkeit des Gerichts, und der Kläger muß sich von der Berechtigung der Einrede überzeugen. Bei solcher Sachlage wird an sich jeder verständige Anwalt behufs Ersparung unnöthiger Kosten seine Klage zurückziehen, um sie von Neuem bei dem zuständigen Gericht anzustellen. Nach dem Entwurf aber ist das nicht angängig; der Gläubiger muß sich, obwohl er die Aussichtslosigkeit weiteren Prozessirens vor dem betreffenden Gericht klar eingesehen hat, nichtsdestoweniger mit seiner Klage ausdrücklich abweisen lassen; denn nimmt er sie zurück, so gilt die Verjährung als nicht unterbrochen, und er hat demzufolge im Nachprozesse die endgültige Abweisung zu gewärtigen. Also auch hier wieder die Zwangslage für den Gläubiger, entweder seinen Anspruch zu verlieren oder völlig nutzlose Kosten aufzuwenden!

Es ist vorauszusehen, daß man gegen die vorstehenden Darlegungen das Bedürfniß eines möglichst wirksamen Schutzes für die wirthschaftlich Schwachen ins Feld führen wird. Man sollte mit diesem Argument recht vorsichtig umgehen, denn so menschlich schön und sympathisch der ihm zu Grunde liegende Gedanke ist, so nahe liegt die Gefahr des Mißbrauchs, die Gefahr der mit Recht so oft und so scharf gegeißelten „Mildthätigkeit aus fremder Tasche". Zuvörderst ist es eine durchaus willkürliche Verallgemeinerung, in jedem Gläubiger einen Kapitalisten und in jedem Schuldner einen armen Tagelöhner zu erblicken. Juristen wenigstens sollten doch nicht vergessen, daß auch Dienstboten und Herrschaften im Verhältniß von Gläubigern und Schuldnern zu einander stehen. Und gerade die Härten, die der Entwurf in seiner jetzigen Gestalt zur Folge haben muß, werden nicht zum kleinsten Theile solche Gläubiger treffen, die wahrlich nicht zu den wirthschaftlich Starken gehören. Man denke doch nur an die Handwerker und Ladeninhaber, die sich bei drohendem Ablauf der Verjährungsfrist vor die peinliche Wahl gestellt sehen, entweder ihr Guthaben einzubüßen oder durch eine Klage den sozial und wirthschaftlich oft hoch über ihnen stehenden Kunden vor den Kopf zu stoßen!

Allein auch da, wo wirklich der Gläubiger dem Schuldner an wirthschaftlicher Stärke weit überlegen ist, sollte man sich sehr ernstlich fragen, ob man in der That den Interessen der Schuldner dient, indem man die Unterbrechung der Verjährung erschwert. Reicht die einfache Mahnung durch den Gerichtsvollzieher aus, so wird regel-

mäßig der Gläubiger von diesem äußerst bequemen und wohlfeilen Mittel zur Konservirung seines Anspruchs Gebrauch machen und wird im übrigen gelegenere Zeiten abwarten. Steht aber der Gläubiger nur vor der Wahl, entweder zu klagen oder seine Forderung verjähren zu lassen, so wird er in der Mehrzahl der Fälle zur Klage schreiten, und hat er erst einmal die Prozeßkosten aufgewandt und sich in den Besitz eines vollstreckbaren Titels gesetzt, so wird er schwerlich vor der Zwangsvollstreckung Halt machen, vielmehr ist es nur naturgemäß, daß dann auch alle gesetzlich statthaften Zwangsmittel gegen den Schuldner zur Anwendung gebracht werden — gegen denselben Schuldner, dem der Gläubiger, wenn ihm das Gesetz nicht die Klage aufgenöthigt hätte, vielleicht noch Jahre lang Frist bewilligt haben würde.

Unterliegt hiernach die Nichtaufnahme der (einfachen oder qualificirten) Mahnung unter die zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Handlungen ernsten Bedenken, so kann ebensowenig die Art und Weise Billigung finden, wie der Entwurf zu der Frage Stellung nimmt, ob eine Unterbrechung der Verjährung durch einredeweise Geltendmachung des Anspruchs zugelassen werden soll. Der Entwurf will diese Frage grundsätzlich verneinen, aber was die Motive zur Begründung dieses Standpunktes anführen, steht theils mit den Vorschriften der C. P. O. in Widerspruch, theils ist es überall nicht recht verständlich. Das Letztere gilt namentlich von den auf die Kompensationseinrede bezüglichen Bemerkungen. „Die Einrede der Aufrechnung", heißt es auf S. 328, „für welche in der Jurisprudenz vornehmlich unterbrechende Wirkung in Anspruch genommen worden ist, kommt für den Entwurf nicht in Betracht. Selbst wenn die Aufrechnungserklärung erst in dem Prozesse erfolgt, handelt es sich im Hinblick auf die §§ 282, 283 nicht um die Geltendmachung einer Einrede, sondern um die Einwendung einer rechtsaufhebenden Thatsache".

Die Richtigkeit dieser Bemerkung dürfte gegründeten Zweifeln unterliegen, denn wo es sich um die Frage handelt, inwieweit durch e i n r e d e weise Geltendmachung von Ansprüchen (im Gegensatz zur k l a g e weisen Geltendmachung) deren Verjährung unterbrochen wird, kann der Begriff der Einrede füglich nur im prozessualen, nicht im materiellrechtlichen Sinne verstanden werden, und in d i e s e m Sinne wird man auch angesichts der §§ 282, 283 die Berufung auf geschehene

Aufrechnung als eine „Einrede" bezeichnen müssen. Allein selbst wenn das, was die Motive sagen, richtig ist, wenn wirklich die Berufung auf geschehene Kompensation keine Einrede ist — was folgt dann daraus? Dann giebt es eben statt der bisherigen zwei Möglichkeiten, Ansprüche gerichtlich geltend zu machen — nämlich 1. im Wege der Klage (bezw. Widerklage), 2. im Wege der Einrede — künftig deren drei, nämlich 1. im Wege der Klage, 2. im Wege der Einrede, 3. im Wege der Aufrechnung. Dann tritt also an den Gesetzgeber, nachdem er sich dafür entschieden hat, der einredeweisen Geltendmachung von Ansprüchen eine die Verjährung unterbrechende Wirkung zu versagen, die weitere Frage heran, ob das Gleiche auch dann gelten solle, wenn die Gegenforderung nicht einrede-, sondern aufrechnungsweise geltend gemacht wird. Diese Frage aber wird in den Motiven weder gestellt noch beantwortet, denn den oben angeführten Satz, in dem gesagt wird, die Aufrechnungseinrede komme für den Entwurf nicht in Betracht, weil die Berufung auf stattgehabte Kompensation sich im Sinne des Entwurfs nicht als Einrede darstelle — diesen Satz kann man doch füglich nicht als Antwort gelten lassen.

So dunkel es daher bleibt, weshalb eigentlich die aufrechnungsweise Geltendmachung von Ansprüchen deren Verjährung nicht unterbrechen soll, so wenig ist freilich andererseits darüber, daß dies der Standpunkt des Entwurfs thatsächlich ist, angesichts der unzweideutigen Fassung des § 170 ein Zweifel möglich. Um die praktische Tragweite dieser Frage richtig zu würdigen, muß man sich vor Allem gegenwärtig halten, daß es nur gewisse Klassen von Fällen sind, in denen ihr aktuelle Bedeutung zukommt. Erkennt der Beklagte den Klaganspruch als an sich begründet an und verweigert nur auf Grund des Kompensationseinwandes die geforderte Leistung, so ist der Regel nach nur zweierlei möglich: Entweder es wird der Beklagte zur Aufrechnung befugt erachtet und demzufolge die Klage abgewiesen — dann ist damit der Beklagte für seine Gegenforderung befriedigt; oder aber das Gericht gibt der Klage statt und spricht damit aus, daß dem Beklagten der behauptete Gegenanspruch nicht zustehe. In beiden Fällen ist die Frage, ob durch die Erhebung des Kompensationseinwandes die Verjährung unterbrochen sei, ohne praktisches Interesse. Ein solches ist vielmehr nur dann vorhanden, wenn entweder der Beklagte den Klaganspruch an sich, auch abgesehen von der nur eventuell aufrechnungshalber geltend gemachten Gegenforderung, bestreitet und mit diesem Bestreiten durchdringt, oder aber wenn der

Kompensationseinwand wegen Unzulässigkeit der Aufrechnung verworfen wird, mit einem Worte also, wenn eine sachliche Entscheidung über die Berechtigung des Gegenanspruchs dem Urtheil nicht zu entnehmen ist und der Beklagte daher, um seine etwaigen Rechte zu verfolgen, zu einer neuen, selbständigen Klage schreiten müßte. Wird der Entwurf Gesetz, so wird für solche Fälle der Beklagte Vorsorge treffen müssen, um nicht im Nachprozesse auf die Verjährungseinrede zu stoßen. Er wird also, obwohl vielleicht die größte Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß er im Vorprozesse ein obsiegliches Urtheil erstreiten und damit die Befriedigung seines Anspruchs erzielen wird, gezwungen sein, noch während der Dauer dieses Vorprozesses eine neue Klage gegen den Kläger anzustrengen, die sich vielleicht hernach als völlig überflüssig erweist, und deren Kosten ihm, wenn schon der Vorprozeß die erhoffte sachliche Entscheidung über den Gegenanspruch bringt, von Niemanden ersetzt werden — ein Ergebniß, das dem prinzipiellen Standpunkt des Entwurfs gewiß nicht zur Empfehlung gereicht.

Was aber das Schlimmste ist — es steht keineswegs fest, ob denn der soeben vorgezeichnete Weg, der allein den Beklagten davor sichert, seine Gegenforderung durch Verjährung einzubüßen, überhaupt für ihn gangbar ist. Freilich hat das Reichsgericht in zwei neuerlichen Urtheilen (Band XVI und Band XVIII der Entscheidungen) es ausgesprochen, daß durch die Kompensationseinrede Rechtshängigkeit in Ansehung des Gegenanspruchs nicht begründet werde, der Aufrechnende mithin ungehindert sei, eben diese Gegenforderung gleichzeitig zum Gegenstande einer neuen, selbständigen Klage zu machen. Es ist hier nicht der Ort, diese Erkenntnisse zu kritisiren; das aber muß denn doch erwähnt werden, daß es keineswegs an Stimmen fehlt, die eine über kurz oder lang zu erwartende Mißbilligung derselben durch die vereinigten Senate in Aussicht stellen, wie denn auch in einer der angezogenen Entscheidungen unumwunden anerkannt wird, daß „die C. P. O. eine unzweideutige und prinzipielle Entscheidung der sehr bestrittenen Frage nicht enthalte.“ Sollte der Fall wirklich eintreten, daß in der höchstrichterlichen Rechtsprechung die entgegengesetzte Meinung zum Durchbruch käme, so ist die Lage, in welche der kompensirende Beklagte kommt, in Wahrheit unleidlich. Will er, nachdem der Vorprozeß die erwartete sachliche Entscheidung über den Gegenanspruch nicht gebracht hat, den Letzteren mittels selbständiger Klage verfolgen, so steht ihm die Verjährungseinrede entgegen; will

er sich vorsorglich gegen diesen Nachtheil schützen, indem er schon während der Dauer des Vorprozesses klagbar wird, so wird ihm bedeutet, sein Anspruch sei durch die Kompensationseinrede rechtshängig geworden und könne deshalb anderweitig nicht geltend gemacht werden!

Was gegenüber diesen doch wahrlich nicht von der Hand zu weisenden Erwägungen die Motive zur Stütze der von der Kommission gebilligten Auffassung ins Feld führen, findet, wie schon oben angedeutet, im geltenden Civilprozeßrecht keinerlei Anhalt. Zwei Gründe sind es, auf die sich die Motive berufen:

1. „wer einen Anspruch einredeweise geltend mache, bezwecke damit lediglich Abwehr des Klagebegehrens, nicht Zusprechung eigenen Rechts und verzichte somit, da die Rechtskraft des Urtheils auf den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch sich beschränke, auf die Betreibung der Feststellung des Anspruchs und damit auf dasjenige, was begrifflich allein geeignet sei, eine Unterbrechung der Verjährung herbeizuführen."

Es soll hier die Polemik nicht erneuert werden, bezüglich der Frage, ob es ein verständiges Prinzip ist, lediglich den zur Herbeiführung der richterlichen Feststellung des Anspruchs geeigneten Maßnahmen unterbrechende Wirkung beizumessen. Gewichtige Gründe des praktischen Bedürfnisses sprechen dafür, solche Wirkung an jede Handlung des Gläubigers zu knüpfen, welche den Schuldner klar erkennen läßt, daß Jener sich zur Erhebung eines Anspruchs gegen ihn berechtigt glaubt und gesonnen ist, bei gelegenerer Zeit die Befriedigung desselben zu erzwingen. Mag dann der Schuldner, der besorgen zu müssen glaubt, daß bis zur Zeit der Klageerhebung eine Verdunkelung des Thatbestandes eintreten könnte, seinerseits die nöthigen Schritte thun, um sein Rechtsverhältniß zum Gläubiger durch Richterspruch feststellen zu lassen.

Allein selbst wenn man sich auf den Boden des von der Kommission gebilligten Prinzips stellt, kann die Folgerung, welche die Motive daraus ziehen, zum Mindesten bezüglich der Aufrechnungseinrede als zutreffend nicht anerkannt werden. Oder stimmt es etwa mit § 293 Abs. 2 der C. P. O. überein, wenn die Motive behaupten, die Rechtskraft des Urtheils beschränke sich auf den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch, und der Beklagte, der sich damit begnüge, seine Gegenforderung aufrechnungsweise geltend zu machen, verzichte somit auf die richterliche Feststellung des An-

spruchs? Als die Motive erschienen, blieb wenigstens die Möglichkeit offen, die Lösung dieses Widerspruchs in der auf S. 107 des zweiten Bandes sich findenden Bemerkung zu erblicken, woselbst es heißt: darüber, ob und inwieweit die in den Entwurf aufgenommene Gestaltung der Aufrechnung eine Aenderung gewisser Vorschriften der C. P. O. nöthig mache, sei im Einführungsgesetze zu befinden. Mittlerweile aber ist auch der Entwurf des Einführungsgesetzes veröffentlicht, der den § 293 Abs. 2 der C. P. O. nur einer unwesentlichen redaktionellen Aenderung unterzieht, das in ihm enthaltene Prinzip dagegen völlig unberührt läßt. Wie daher die oben zitirte Aeußerung der Motive mit dem gegenwärtigen oder zukünftigen Civilprozeßrecht in Einklang gebracht werden soll, das bleibt nach wie vor unerfindlich.

Noch befremdender wird indessen die Sache dadurch, daß auch der zweite Grund, den die Motive anführen, mit den Vorschriften der C. P. O. in augenscheinlichem Widerspruch steht. Der Beklagte — heißt es — dem an einer Unterbrechung der Verjährung gelegen sei, könne ja nur „den jederzeit offenen Weg der Widerklage beschreiten." Daß auf die sehr wesentlich höheren Kosten einer Widerklage gegenüber denen der Aufrechnungseinrede auch hier wieder keine Rücksicht genommen wird, ist bedauerlich, kann aber nach der im § 170 getroffenen grundsätzlichen Entscheidung nicht Wunder nehmen. Auch das mag nur beiläufig bemerkt werden, daß von einer Widerklage naturgemäß in denjenigen Fällen keine Rede sein kann, in denen der den Klaganspruch an sich einräumende Beklagte mit dem Kläger um die Zulässigkeit der Aufrechnung streitet. Ein Satz jedoch, dessen Richtigkeit mit Rücksicht auf die Bestimmungen der C. P. O. sich mit gutem Grunde bestreiten läßt, ist die in den Motiven aufgestellte Behauptung, daß der Weg der Widerklage „jederzeit offen stehe." Es ist doch bekannt genug, daß nach einer weit verbreiteten Auslegung des § 33 der C. P. O. nur connexe Ansprüche zur Widerklage verwandt werden können. (Vergl. die Kommentare von Gaupp, Struckmann-Koch, Seuffert und Wilmowski-Levy). Und wie steht es mit § 491 Absatz 2, demzufolge in der Berufungsinstanz neue Kompensationseinreden zwar beschränkt gestattet, neue Widerklagansprüche aber schlechterdings ausgeschlossen sind? Und § 558, der die Widerklage aus dem Urkunden- und Wechselprozeß völlig verbannt, während die Aufrechnungseinrede, sofern sie durch die im Urkundenprozesse zulässigen Beweismittel unter-

stützt wird, grundsätzlich zugelassen ist? Oder aber man setze doch einmal den Fall, der Beklagte suchte gegenüber dem klagenden Cessionar mit Gegenforderungen an den Cedenten aufzurechnen: daß da für eine Widerklage kein Raum ist, bedarf doch wahrlich keiner Ausführung.

Die vorstehend entwickelten Gründe sind es, die es nach Ansicht des Verfassers angezeigt erscheinen lassen, den § 171 des Entwurfs durch die folgende Vorschrift zu ersetzen:

„Die Verjährung wird unterbrochen,

1. wenn der Berechtigte dem Verpflichteten durch einen Gerichtsvollzieher eine Mahnung bezüglich des Anspruchs zustellen läßt,
2. wenn der Berechtigte den Anspruch im Prozesse zur Aufrechnung bringt".

Hiermit könnte die Abhandlung schließen; vielleicht ist es jedoch nicht unangemessen, an dieser Stelle noch wenige Worte einem Gegenstande zu widmen, der mit der Unterbrechungsfrage in gewissem Zusammenhange steht.

Der § 185 des Entwurfs besagt:

„Durch Rechtsgeschäft kann die Verjährung nicht ausgeschlossen und nicht erschwert werden. Sie kann insbesondere nicht durch Verlängerung der Verjährungsfrist erschwert werden ...."

Die sachliche Begründung dieser Bestimmung in den Motiven beschränkt sich auf die Bemerkung, daß die Verjährungsvorschriften zwingenden Rechtes seien — eine augenscheinliche petitio principii. Im Uebrigen wird darauf verwiesen, daß — abgesehen vom Preußischen Landrecht — die fragliche Bestimmung des Entwurfs mit den hauptsächlichsten Partikularrechten in Einklang stehe. Das Letztere soll nicht bestritten werden; trotzdem aber dürfte die Frage gerechtfertigt sein, ob denn für eine solche Durchbrechung des Prinzips der Vertragsfreiheit hinreichende Gründe gegeben sind. Vom logisch-systematischen Gesichtspunkt aus erscheint sie sicherlich nicht geboten: hat man einmal die Verjährung soweit der Parteiwillkür unterstellt, daß man dem Richter untersagt, sie von Amtswegen zu berücksichtigen, daß sich sogar der Schuldner rechtsgültig verpflichten kann, sich auf die bereits vollendete Verjährung im Prozesse nicht zu berufen,

(Vgl. Bd. I der Motive S. 341), so ist es vom Standpunkt der Theorie nicht verständlich, weshalb der Schuldner nicht auch auf die noch laufende oder noch garnicht begonnene Verjährung wirksam sollte verzichten können.

Es müßten also schon Gründe der praktischen Zweckmäßigkeit sein, die dem § 185 allenfalls zur Rechtfertigung dienen könnten. Solche Gründe würden unbedenklich als vorliegend anerkannt werden können, wenn Ursache zu der Besorgniß gegeben wäre, daß in künftigen Verträgen die Unverjährbarkeitsklausel etwa in der Weise stehend werden könnte, wie es beispielsweise die Unverantwortlichkeitsklauseln in den Konnossementen der Seedampfer geworden sind. Andere Zweckmäßigkeitsgründe für den Eingriff in die Vertragsfreiheit sind kaum denkbar; die angedeutete Gefahr aber wird schwerlich von irgend Jemand ernst genommen werden, zumal wenn das Gesetz durch eine auch die Interessen der Gläubiger billig berücksichtigende Lösung der Unterbrechungsfrage den Letzteren die Versuchung fernhält, sich gegen die ihnen drohenden Nachtheile auf Umwegen zu sichern.

Versprechen der Leistung an einen Dritten und Schuldübernahme.

Von Rechtsanwalt Dr. **Martinius** in Erfurt.

I. Zu § 412 bis 416 des Entwurfs (Versprechen der Leistung an einen Dritten).

Aus Verträgen über Leistung an einen Dritten soll nach dem Entwurfe im Prinzip der Dritte unmittelbar berechtigt werden. Wir begrüßen dies als einen entschiedenen Fortschritt. Die neue Rechtsentwickelung drängt gebieterisch zur Annahme des vom Entwurfe gebilligten Standpunktes (vergl. Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 316 von Note 13 ab).

Auf dem Gebiete des Preußischen Allgemeinen Landrechts sehen wir, wie man bei den Gutsüberlassungs-Verträgen unter Anwendung der künstlichsten Konstruktionen den sonst die Verträge zum Vortheile Dritter beherrschenden Satz, daß der Dritte nur durch Beitritt zum Vertrage mit Bewilligung der Hauptkontrahenten Rechte erwerbe, zu durchlöchern versucht hat, um wenigstens für diese Kategorie von Verträgen die unmittelbare Entstehung des Forderungsrechts für den Dritten sicher zu stellen. Nachdem das Preußische Obertribunal durch konstante Praxis für die Gutsüberlassungs-Verträge Juristenrecht geschaffen hatte, hat die Theorie sich abgemüht, die Sache auf Grund der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen schmackhaft zu machen (vergl. Förster-Eccius Bd. I. S. 490 flg.). Es ist ihr aber nicht gelungen, was beispielsweise Dernburg (Band II. § 20) nicht verkennt. Auch das Reichsgericht (Entscheidungen Bd. 2 S. 272) hat keine stichhaltige Begründung für die traditionelle Lehre zu liefern vermocht.

Aehnlich steht es mit den Lebensversicherungsverträgen zu Gunsten Dritter. Hier hat unter Anderem der unschuldige § 2152 Thl. II. Tit. 8 Allgemeinen Landrechts das Material hergeben müssen, um die Beitritts-Theorie des Allgemeinen Landrechts lahm zu legen (vergl. z. B. Bd. I. S. 380 der Entscheidungen des Reichsgerichts). Jetzt kommt es begreiflicherweise nicht darauf an, in eine Polemik gegen die bisherige Judikatur und Litteratur einzutreten. Es ist nur von Interesse zu zeigen, wie gewaltsam die Entwickelung zum Verlassen des alten landrechtlichen Standpunktes bei einigen Kategorien von Verträgen über Leistungen an Dritte drängte. Das Drängen und Treiben zur Aufgabe der alten Beitritts-Theorie kann man auch anderweit zur Genüge wahrnehmen (vergl. z. B. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 10 S. 242).

Auf die Schuldübernahmeverträge zwischen einem alten Schuldner und dem neuen Schuldner wollen wir absichtlich an dieser Stelle nicht eingehen. Wenn man nicht von der Kategorie der „Verträge zum Vortheile Dritter" sondern von der Kategorie der „Verträge über Leistungen an Dritte", die der Entwurf allein kennt, ausgeht, so gehören diese Verträge hierher und es bleibt blos zu untersuchen, ob für sie Sonderbestimmungen erforderlich sind (vergl. §§ 853, 854, 1405 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches und Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 12 S. 161). Ebenso ist der Vertrag zwischen Gläubiger und neuem Schuldner über Befreiung des alten Schuldners ohne Zuziehung des letzteren hierher zu rechnen. Denn die Leistung an einen Dritten kann gemäß §§ 206, 207 auch in einem Unterlassen bestehen und während der Verzicht des Gläubigers auf Geltendmachung der Schuld gegen den alten Schuldner nach der Generalregel des § 290 der Annahme durch den alten Schuldner bedürfte, kann die befreiende Wirkung des Vertrags zwischen Gläubiger und neuem Schuldner für den alten Schuldner ohne dessen Zuziehung (vergl. § 314) aus der Regel der direkten Berechtigung des Dritten durch Verträge über Leistungen an ihn ohne Weiteres hergeleitet werden. Wir werden die Lehre von der Schuldübernahme später eingehend erörtern. Hier lassen wir sie absichtlich bei Seite, um eine klare Darstellung der Lehre von den Verträgen über Leistungen an Dritte im Allgemeinen zu erzielen und beschränken uns auf den Hinweis, daß auch auf jenem Gebiete derselbe Gedanke an die unmittelbare Berechtigung des Dritten aus den Verträgen Anderer sich immer kräftiger Geltung zu schaffen versucht hat.

Um dies zu belegen bedarf es keiner Citate.

Die Verfasser des Entwurfes haben es für geboten erachtet, die unmittelbare Berechtigung des Dritten aus Verträgen Anderer über Leistungen an ihn nur mit der Beschränkung anzuerkennen,

> „sofern aus dem Inhalte des Vertrages sich ergiebt, daß diese Berechtigung des Dritten gewollt ist.“ (§ 412.)

So anerkennenswerth es ist, bei Aufstellung neuer Grundsätze von erheblicher Tragweite in einem Gesetzbuche eine gewisse Vorsicht walten zu lassen, so gefährlich ist es andrerseits durch eine derartige Verklausulirung das Prinzip selbst in Frage zu stellen. Es kann Richter geben, welche sagen, ich glaube niemals, daß die Vertragschließenden eine unmittelbare Berechtigung des Dritten gewollt haben, wenn sie nicht im Vertrage sagen, der Dritte solle auf die Leistung direkt ohne Weiteres klagen können, oder dergleichen. Andere werden sagen, die Berechtigung des Dritten ist offenbar stets gewollt, wenn nur eine Leistung an ihn versprochen wird, denn sonst würde eben keine Leistung an ihn versprochen. Wird aber unter den Vertragschließenden vereinbart, daß an ihn nur geleistet werden soll, wenn er beistimmt, oder wenn ein bestimmter Zeitpunkt gekommen ist oder das und das der Fall ist (unter einer Befristung oder Bedingung), so liegt eine unmittelbare Berechtigung des Dritten gleichfalls vor, natürlich nur eine bedingte oder betagte, gleichwie wenn dem einen Vertragschließenden unter einer Bedingung oder zu einem bestimmten Termin von dem anderen Vertragschließenden eine Leistung versprochen wird, wo doch dieser gleichfalls sofort, wenngleich nur bedingt u. s. w. berechtigt wird. Wenn die Zustimmung des Dritten Bedingung der Leistung an ihn ist, so ist die Sache nicht anders zu beurtheilen, wie bei Verträgen, die auf das nackte Wollen des einen Vertragschließenden gestellt sind (Kauf auf Probe). Eine Mittelmeinung kann man sich eigentlich nicht gut denken.

Läßt man die Klausel des § 412 stehen, so wie sie ist, so besteht die Gefahr, in Grundsatzlosigkeit und Willkür zu verfallen, worauf Bähr in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 380 fg. unseres Erachtens mit Recht hingewiesen hat. Auch fehlt es bei der Annahme der Klausel an der ganzen Theorie, wie es denn mit dem Vertrage über Leistung an einen Dritten zu halten ist, wenn seine unmittelbare Berechtigung nicht gewollt ist. Erlangt er dann je ein selbstständiges Recht aus dem Vertrage? Durch Beitrittserklärung oder

Cession der Rechte des Promissars? Die Motive möchten die Angelegenheit der Wissenschaft überweisen. Das sollte aber in einer dermaßen grundlegenden Materie nicht geschehen.

Wollte man die Klausel des § 412 negativ fassen, sofern sich nicht aus dem Inhalte des Vertrages ergiebt, daß diese (direkte) Berechtigung des Dritten nicht gewollt ist, so würde das Prinzip zwar etwas schärfer hervortreten, die Sache aber sich nicht wesentlich ändern.

Wie die Sache praktisch zu gestalten, dafür scheint uns der Satz 2 des § 414 einen Fingerzeig zu gewähren. Dort hat man es für ersprießlich erachtet, vorzuschreiben:

„Nach der Entstehung des Forderungsrechts (des Dritten) ist eine solche Aenderung oder Aufhebung (durch Vertrag der ursprünglichen Vertragschließenden) nur zulässig, wenn der Inhalt des Vertrages ergiebt, daß die Vertragschließenden die Befugniß dazu sich haben vorbehalten wollen."

Hier wird also durch einen Vorbehalt der Vertragschließenden die Befugniß gewahrt, das Recht des Dritten ohne seine Zuziehung, also über seinen Kopf hinweg, zu beseitigen. Das Recht des Dritten ist trotz des Vorbehaltes entstanden, aber der Vorbehalt gewährt einem Andern das Recht der Beseitigung. So lange der Vorbehalt in Wirksamkeit besteht, erscheint das Recht des Dritten gewissermaßen als resolutiv bedingt. Es besteht für den Fall, daß es durch die Vertragschließenden nicht etwa wieder auf Grund des Vorbehaltes beseitigt wird. Sollte es da nicht das Einfachste und Richtigste sein, in denjenigen Fällen, wo man den stillschweigenden Vertragswillen darauf gerichtet erachtet, daß die Leistung an den Dritten abgeändert oder aufgehoben werden kann, dieses Abänderungs- und Aufhebungsrecht zu statuiren, statt die Entstehung des Rechts für den Dritten hier in der Schwebe zu lassen. Man wird aber bei bedingten und betagten Versprechen der Leistung an einen Dritten stets annehmen dürfen, daß die Vertragschließenden sich die Abänderung oder Aufhebung bis zum Eintritt der Bedingung oder Ablauf der Frist vorbehalten wollen, wenn sie das auch nicht ausdrücklich vereinbaren. Man braucht nur an das Beispiel der Gutsüberlassungsverträge und die Lebensversicherungen zu denken.

Der Gutsüberlasser braucht das Geld, das an seine Verwandten nach dem Tode desselben sonst zu zahlen ist, nothwendig; der Versicherte nimmt ein Darlehen auf die Versicherungssumme bei der Versicherungsgesellschaft auf. Hier hat die Praxis auch ohne besonderen

Vorbehalt stets geholfen. Der Vorbehalt ist eben bei bedingten und betagten Versprechen der Leistung an einen Dritten als selbstverständlich anzusehen, so lange die Bedingung nicht erfüllt ist oder die Frist läuft. Bei unbedingten und unbefristeten Versprechen ist er nicht selbstverständlich und bedarf des Ausdruckes. Eine Ausnahme muß freilich statuirt werden, wenn der Dritte mit Bewilligung der Vertragschließenden dem Vertrage beigetreten ist. Alsdann hat, wenn kein besonderer Vorbehalt gemacht wurde, sein Recht, selbst wenn es bedingt oder betagt ist, eine der einseitigen Disposition der Vertragschließenden entzogene Unterlage erlangt. Dem Beitritt dürfte angemessen der Fall an die Seite gestellt werden, wo der Promissar dem Dritten benachrichtigt und dieser dem Promittenten unter Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Benachrichtigung (vergl. § 301) erklärt hat, die Leistung annehmen zu wollen.

So lange das Forderungsrecht des Dritten, sei es in Folge der Bedingung oder Befristung oder in Folge besonderen Vorbehalts der Disposition der Vertragschließenden, noch nicht entrückt ist, erscheint es als resolutiv bedingt durch das Abänderungs- und Aufhebungsrecht der Vertragschließenden, so daß es, wenn es an sich suspensiv bedingt ist, doppelt bedingt sein kann; dies kommt namentlich in Betracht wenn der Dritte etwa sein Recht auf die Leistung an einen Anderen abtritt. Der Dritte kann natürlich nur so viel Rechte erwerben, als der Cedent hatte. Bei Pfändungen im Wege der Zwangsvollstreckung liegt die Sache ebenso. Was den Vorbehalt der Abänderung und Aufhebung anbetrifft, so wird ähnlich wie beim Widerruf der Schenkung aus naheliegenden Gründen festzusetzen sein, daß das Abänderungs- und Aufhebungsrecht während des Schwebens der Bedingung resp. des Laufes der Frist sowohl, als auch wenn es gegenüber der sonst unbedingten Berechtigung des Dritten ausdrücklich vorbehalten wurde, nur dem Vertragschließenden, welcher das Versprechen der Leistung an den Dritten empfangen hat, nicht seinen Erben zusteht, es sei denn, daß dieses Recht den Erben ausdrücklich vorbehalten wurde. Um nicht zu breit zu werden, überlassen wir den Lesern, die Beispiele sich selbst zu bilden, welche das praktische Bedürfniß belegen werden. Nur eins: Nach dem Gutsüberlassungsvertrage ist einem Seitenverwandten eine bestimmte Summe, zahlbar 3 Monate nach dem Tode, stipulirt. Die Erben des Ueberlassers wollen durch Pakt mit dem Erwerber die Leistung beseitigen. — Dagegen darf nicht daran gedacht werden, das

Recht des Promissars zu einem höchst persönlichen zu stempeln. Der Promissar muß das Recht, die Leistung an den Dritten aufzurufen und seinem eigenen Vermögen zuzuführen, auf einen Anderen übertragen können (vergl. den Fall der Auflösung der Versicherung durch den Konkursverwalter).

Der Entwurf bezw. die Motive zu demselben lassen die Frage ganz unberührt, ob nicht unter Umständen dem Promissar das Recht des einseitigen Widerrufs der Leistung an den Dritten zustehen soll. (Vergl. Art. 128 Abs. 2 des Schweiz. Obligationenrechts, § 855 des Sächs. Bürg. Gesetzbuchs.) Wenn der Dritte mit dem Erwerber eines Gutes gemeinsame Sache macht, wird der in Noth befindliche Ueberlasser sich vergeblich wegen Aufhebung der Leistung an den Dritten bemühen, wenn er sich nicht den einseitigen Widerruf vorbedingte. Man wird aber recht wohl das Recht, die Leistung an ihn selbst statt an den Dritten zu fordern, ihm gewährleisten dürfen, wenn erweislich er allein bei der Leistung an den Dritten interessirt war. Der Erwerber eines Grundstücks ist ein Fremder und verspricht im Kaufvertrage an einem bestimmten Termin an einen Verwandten des Verkäufers eine Summe zu zahlen, statt an Verkäufer, weil letzterer, wie im Vertrage erwähnt wird, seinem Verwandten die Summe in Aussicht gestellt hat. Der Verkäufer widerruft vor Eintritt des Termins und begehrt Zahlung an ihn selbst.

Es bedarf kaum der Hervorhebung, daß es nicht genügen würde, wollte man an der Acceptations- und Beitritts-Theorie im Allgemeinen festhalten und nur beim Tode des Promissars das Recht des Dritten direkt zur Entstehung gelangen lassen. Wenn der Promittent sofortige Leistung an einen Dritten versprochen hat, muß er sich durch Erfüllung alsbald von seiner Verpflichtung befreien können. Ebenso würden wir es für einen Mißgriff ansehen, wollte man nur bei unbedingten und unbetagten Versprechen das Recht des Dritten auf die Leistung entstehen lassen, bei bedingten und betagten dagegen ihn nicht als berechtigt, auch nicht als bedingt oder betagt berechtigt ansehen. Dadurch würde eine Dissonanz hervorgerufen gegenüber der sonstigen Auffassung bedingter und betagter Berechtigungen, die unangenehm berührt.

Daß der Dritte unter Umständen ein Recht erwirbt, von dem er nichts weiß, darf nicht befremden. Das ist auch bei einem Machtgeber der Fall, für den der Bevollmächtigte ein Geschäft abschließt. Und daß die Vertragschließenden bei unbedingt und unbetagt dem

Dritten versprochenen Leistungen ohne besonderen Vorbehalt nicht mehr in der Lage sind, die Leistungspflicht, die dem Dritten noch nicht einmal bekannt ist, zu beseitigen, findet auch bei den Vollmachtsverhältnissen seine Analogie. Dem Bevollmächtigten gestattet z. B. seine Vollmacht bestimmte Verträge einzugehen, sie aber nicht abzuändern oder aufzuheben. Oder soll man für solche Fälle die Klausel des § 412 aufrecht erhalten und behaupten, daß in allen Fällen, wo den Vertragschließenden die Sache alsbald nach dem Vertragschlusse wieder leid wird, anzunehmen sei, so lange hätten sie wenigstens die direkte Berechtigung des Dritten nicht gewollt? Müßte man da nicht konsequent annehmen, daß die Berechtigung des Dritten vor erlangter Kenntniß niemals gewollt sei! Und wenn man dies wollte, sollte man da nicht gleich den Anfang der Berechtigung statt auf den schwer feststellbaren und doch so wichtigen Moment der erlangten Kenntniß auf den Moment der Annahme oder des Beitritts verlegen? Dann wären wir richtig wieder bei dem alten Standpunkt früherer Gesetzgebungen angekommen.

Noch Eins: Nimmt man die direkte Berechtigung des Dritten aus Verträgen über Leistungen an ihn an, auch bei bedingten oder betagten, so geht natürlich das Recht des Dritten bei dessen Ableben auf seine Erben über. Das könnte bei Lebensversicherungen einigermaßen bedenklich erscheinen. Obwohl auch hier schon nach dem jetzigen Juristenrecht der Uebergang der Rechte des Dritten auf seine Erben als dem bestehenden Rechte entsprechend angesehen wird (vergl. Scherer in Gruchot's Beiträgen Band 32 Seite 534). Man könnte aber gerade meinen, daß hier das Bedürfniß vorhanden sei, den Uebergang des Rechts von dem Dritten auf seine Erben auszuschließen, wenn der Dritte vor dem Promissar stirbt. Man könnte weiter gerade aus diesem angeblichen Bedürfnisse ein Argument dafür herzuleiten suchen, daß die Berechtigung des Dritten in Abhängigkeit von dem Willen der Vertragschließenden gelassen werden müsse, so daß die Klausel des § 412 schon deshalb allein gerechtfertigt wäre. Wir sind anderer Ansicht. Der Promissar hat das Abänderungs- und Aufhebungsrecht, eventuell das einseitige Widerrufsrecht. Er hat es also in der Hand, die Leistung sich oder Anderen zu sichern, wenn er nach dem Tode des Dritten nicht an dessen Erben geleistet haben will. Er kann auch gleich im Vertrage vorsehen, daß die Leistung an den Dritten in Person erfolgt, wenn dieser zur Zeit der Fälligkeit lebt, wenn er aber verstorben ist, an ihn, den Promissar selbst oder

einen Anderen zu erfolgen hat. Unter Umständen kann auch dieser Vertragswille natürlich, wenn Bezügliches nicht ausdrücklich festgesetzt, aus anderen Thatsachen gefolgert werden. Das genügt. Wer an die Erben des Dritten die Leistung nicht gelangen lassen will, mag dagegen Vorkehrung treffen, wie das schon jetzt durch Versicherungs-Bedingungen geschieht, um Zweifeln zu begegnen.

Nach dem Gesagten würden wir die Klausel, sofern aus dem Inhalte des Vertrages sich ergiebt, daß diese Berechtigung des Dritten gewollt ist, im § 412 zu streichen empfehlen.

Den § 413, welcher lautet:

„Das Forderungsrecht des Dritten entsteht mit dem Zeitpunkt, in welchem es nach dem aus dem Inhalte des Vertrages sich ergebenden Willen der Vertragschließenden zur Entstehung gelangen soll",

würden wir als im engsten Zusammenhange mit der Klausel des § 412 stehend, streichen, ebenso den § 414, welcher vorschreibt:

„So lange das Forderungsrecht des Dritten auch nicht als bedingtes oder betagtes entstanden ist (als was denn?), kann das Versprechen der Leistung an den Dritten von den Vertragschließenden geändert oder wieder aufgehoben werden. Nach der Entstehung des Forderungsrechts ist eine solche Aenderung oder Aufhebung nur zulässig, wenn der Inhalt des Vertrages ergiebt, daß die Vertragschließenden die Befugniß dazu sich haben vorbehalten wollen."

Dagegen würden wir empfehlen zu sagen:

„§ 412 Absatz 1. Wird in einem Vertrage von einem der Vertragschließenden eine Leistung an einen Dritten versprochen, so wird der Dritte hierdurch unmittelbar berechtigt, von dem Versprechenden die Leistung zu fordern."

„§ 413. Ist die Leistung an den Dritten bedingt oder betagt versprochen, so können die Vertragschließenden vor Eintritt der Bedingung oder Ablauf der Frist das Versprechen der Leistung an den Dritten abändern oder aufheben.

Ist die Leistung unbedingt und unbetagt versprochen oder die ursprünglich gesetzte Bedingung eingetreten, beziehungsweise die gesetzte Frist abgelaufen, oder ist der Dritte dem Vertrage mit Zustimmung der Vertragschließenden beigetreten, oder hat er unter Vorlegung einer öffentlich beglaubigten

Urkunde über die ihm durch den Empfänger des Versprechens gemachte Mittheilung, dem Versprechenden erklärt, daß er die Leistung annehmen wolle, so können die Vertragschließenden das Versprechen der Leistung an den Dritten ohne dessen Zustimmung nur dann abändern oder aufheben, wenn sie sich diese Befugniß vorbehalten haben. Der Vorbehalt gilt im Zweifel nicht zu Gunsten der Erben desjenigen, der das Versprechen der Leistung empfangen hat.

Der Vertragschließende, welcher das Versprechen der Leistung empfangen hat, kann einseitig unter den gedachten Voraussetzungen die Leistung an den Dritten widerrufen und fordern, daß an ihn geleistet oder Ersatz gewährt werde, wenn er sich dieses Recht vorbehalten hat oder nach dem Inhalte des Vertrages er allein daran interessirt ist, daß die Leistung an den Dritten geschehe."

Der Absatz 2 des § 412 giebt dem Vertragschließenden, welcher das Versprechen empfangen hat, das Recht, zu fordern, daß die Leistung an den Dritten bewirkt werde, wenn nicht ein Anderes bedungen ist.

Man wird dieses Recht des Promissars nicht wohl entbehren können, weil er neben dem Dritten ein selbstverständiges Interesse an der Leistung haben kann. Der Dritte hat den und den Schaden, weil die Leistung an ihm nicht erfüllt wird. Dem Promissar, der von ihm in Anspruch genommen wird, erwächst ein besonderer Schaden; der Umstand, daß der Promittent gleichzeitig mit zwei Prozessen auf Erfüllung von dem Dritten und dem Promissar heimgesucht werden kann, darf nicht irre machen.

Der Entwurf überläßt die Frage, ob für die Form der Verträge über Leistung an einen Dritten das Verhältniß unter den Vertragschließenden allein entscheiden soll oder auf die causa der Zuwendung an den Dritten Rücksicht zu nehmen ist, der Wissenschaft. Dies erscheint uns nicht gerade bedenklich, aber praktischer will es uns doch scheinen, durch einen kurzen Satz diese Frage bündig zu regeln. Die Wissenschaft wird schon zur Genüge mit Aufgaben bedacht. Ziehen wir ein paar einfache Fälle in Betracht. A. will dem C. 1000 Mark schenken. Er verkauft ein Pferd an B. und läßt diesen in Anrechnung auf den Kaufpreis 1000 Mark an C. promittiren. B. wird an C. nach unserem Gefühl zahlen müssen, auch wenn die gerichtliche oder notarielle Form nicht beliebt wurde.

B. weiß vielleicht von der Schenkungsabsicht des A. garnichts. Sein Versprechen der 1000 Mark ist kein Schenkungsversprechen. A. aber giebt kein Schenkungsversprechen in dem Vertrage an C. ab, selbst wenn seine Absicht beim Vertragsschlusse zum Ausdruck gelangt. (B. verspricht an C., dem A. diesen Betrag schenken will, 1000 Mark zu zahlen.) A. vollzieht vielmehr, da C. sofort berechtigt wird, ob bedingt oder nicht, ob befristet oder nicht, eine Schenkung durch Veräußerung. Jedenfalls nach der Lehre des Entwurfs, wonach der Dritte direkt berechtigt wird (vergl. Band 10 Seite 279 der Entscheidungen des Reichsgerichts).

Ein anderes Beispiel. B. will ursprünglich dem A. 2 000 schenken. Dieser sagt ihm, daß C. die 2 000 viel nöthiger brauche, er möge ihm die 2 000 an C. zu leisten versprechen. B. thut dies dem A. gegenüber, welcher, wie er bemerkt, sonst aus eigenen Mitteln dem C. ein Geschenk gemacht hätte. Hier liegt nach unserer Meinung zweifellos ein Schenkungsversprechen vor, für das die gerichtliche oder notarielle Form am Platze ist. Die Form soll den Schenker vor Uebereilung schützen. Dieser Schutz ist nothwendig, mag das Versprechen dem zu Beschenkenden selbst oder einem Andern ertheilt werden. In letzterem Falle erst recht, weil man vielleicht noch leichtsinniger verfährt, wenn man einem Anderen als seinem künftigen Gläubiger gegenüber mit Versprechungen um sich wirft. Da nun der § 440 Abs. 1 bloß auf Schenkungsversprechen, die der Schenker dem Schenknehmer giebt, berechnet ist und aus den gewählten Beispielen ohne Weiteres erhellt, daß für eine Formvorschrift betreffend die Verträge über Leistungen an Dritte bestimmend sein muß, ob vom Standpunkte des Versprechenden eine Liberalität in Frage ist, so scheint es wohl gerathener anstatt zu schweigen, zu sagen:

> Versprechen der Leistung an einen Dritten bedürfen der Form, welche für den Fall vorgeschrieben ist, daß die Leistung dem anderen Vertragschließenden selbst versprochen wird.

Durch die allgemeine Fassung wird zugleich der Fall getroffen, wo der Promittent dem Dritten das Eigenthum an einem Grundstück zu übertragen sich verpflichtet (§ 351).

Besonderer Erwähnung bedarf der Vertrag, durch welchen die Leistung an einen Dritten, der noch nicht geboren oder wohl gar noch nicht empfangen ist, versprochen wird. Da der Entwurf den generellen Grundsatz nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodo ipsius partus quaeritur nicht adoptirt hat

(Motive zu § 3 Bd. I S. 23) und nur im Erbrecht mit diesem Grundsatze im Einklange befindliche besondere Bestimmungen trifft (§ 1758 Abs. 1, § 1964 Abs. 2, § 1867 Abs. 2 Nr. 2, § 2026), so erscheinen beide Arten von Dritten, Empfangene und noch nicht zur Welt Geborene, wie noch nicht Empfangene und nicht Geborene, als rechtsunfähig (§ 3) hinsichtlich der Versprechen von Leistungen an einen Dritten, insbesondere auch hinsichtlich der Schenkungen, an die eine Auflage zu Gunsten Dritter geknüpft wird und für die § 412 bis 416 für anwendbar erklärt sind (§ 448). Legislatorisch wird man sie frühestens mit der Geburt Rechte aus Verträgen über Leistungen an sie erwerben lassen dürfen und ebenso aus Schenkungen mit Auflagen zu ihren Gunsten. Sieht man alsdann ihre Berechtigung als gewissermaßen durch ihre Geburt bedingt an (vergl. Motive zu § 1867 Bd. IV S. 180) so wird sich die Sache an sich einfach regeln.

Das Recht der Vertragschließenden zur Abänderung oder Aufhebung der betreffenden Leistung bis zur Geburt wird nach dem System des Entwurfs alsdann wie nach dem unsrigen nicht bezweifelt werden können. Aber die Frage harrt zuvor der Lösung, ob überhaupt das Versprechen der Leistung an einen rechtsunfähigen Dritten verbindlich ist und mit seiner Geburt die Berechtigung des Dritten auf die Leistung zur Entstehung gelangen kann. Im Allgemeinen wird man nach dem Gesagten annehmen müssen, daß ein Dritter, der noch nicht geboren ist, durch Verträge Anderer für den Fall seiner Geburt nicht berechtigt werden kann.

Es bedarf also einer positiven Vorschrift, welche noch nicht geborene Dritte für den Fall der Geburt aus Verträgen über Leistungen an dieselben als berechtigt erscheinen läßt und soll dem Gesichtspunkte Rechnung getragen werden, daß es sich nicht empfiehlt, der Disposition der Lebenden auf Jahrhunderte hinaus freien Spielraum zu lassen (abgesehen von den Instituten der Familienfideikommisse, Familienstiftungen und Lehen, für welche die Landes-Gesetzgebung maßgebend bleibt), so wird man passend unter Anlehnung an die §§ 1813, 1869, Absatz 2 vorschreiben, daß Leistungsversprechen an Dritte hinfällig werden, wenn der Dritte nicht wenigstens innerhalb der nächsten 30 Jahre seit dem Vertragsschlusse geboren ist. Daß überhaupt Leistungen an Dritte, die noch nicht geboren sind, verbindlich versprochen werden dürfen, dazu scheint das praktische Bedürfniß vorhanden zu sein und es scheint nicht geboten, die Befriedigung

dieses Bedürfnisses auf das Gebiet der letztwilligen Verfügung zu verweisen, während es sich gelegentlich gern der Form der Schenkung mit Auflage bedient. (Vergl. Bd. 10, S. 242 der Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 11, S. 248.)

Es dürfte sich hiernach eine positive Vorschrift des Inhalts empfehlen:

> „Wird in einem Vertrage von einem Vertragschließenden eine Leistung an einen Dritten versprochen, der noch nicht geboren ist, so wird der Dritte mit seiner Geburt berechtigt, von dem Versprechenden die Leistung zu fordern, falls er innerhalb der nächsten 30 Jahre seit dem Vertragsschlusse geboren wird."

Der stillschweigende Vorbehalt der Abänderung oder Aufhebung beziehungsweise des einseitigen Widerrufs, der wir überall bei bedingten und betagten Berechtigungen Dritter supponiren, kommt denjenigen zu statten, welchen ob der 30jährigen Wartezeit ein Grauen überfällt.

Nach § 415 soll es, wenn der Dritte das Forderungsrecht zurückweist, so angesehen werden, wie wenn das Forderungsrecht nicht entstanden wäre. Damit ist nicht viel gewonnen. Die Hauptfrage ist die, wie das Verhältniß unter den Vertragschließenden in Folge der Zurückweisung sich gestaltet.

Das wollen die Motive der Bestimmung nach dem Inhalt und der Natur des Vertrages überlassen. Wir glauben, daß das Gesetz schon dadurch gewönne, wenn man dies im Gesetze selbst zum Ausdruck brächte. Erscheint der Dritte als aus dem Vertrage unmittelbar berechtigt, so ist die Zurückweisung identisch mit Verzicht auf die Leistung. Da der Versprechende die dadurch hervorgerufene Unmöglichkeit, die Leistung aus dem Vertrage zu bewirken, nicht verschuldet, so muß an sich die Leistungspflicht überhaupt erlöschen, wenn nicht durch den Vertrag ausdrücklich oder als selbstverständlich eine Ersatzleistung an denjenigen, der das Versprechen der Leistung an den Dritten empfing, vorgesehen ist. Man wird allgemein annehmen dürfen, daß wo die Leistung als Entgelt für eine andere Leistung des Promissars versprochen wurde, gewollt ist, daß im Falle der Zurückweisung der Leistung durch den Dritten, der Promittent dem Promissar die Leistung mache oder Ersatz gewähre. Versprach der Promissar dem Promittenten eine Schenkung an den Dritten, so ist natürlich ein Anspruch des Promissors, wenn der Dritte die Schen-

kung zurückweist, ausgeschlossen. Kaufte der Promittent vom Promissar ein Grundstück für 40 000 und versprach in Anrechnung auf den Kaufpreis 10 000 an C. zu zahlen (von Schuldübernahme war nicht die Rede), C. aber wies die Leistung zurück, so darf man davon ausgehen, daß die Vertragschließenden es als selbstverständlich betrachteten, daß nun zur Erfüllung der 40 000 Kaufpreis, 10 000 an den Verkäufer geleistet werden sollen. Versprach B. dem A. neben 500 Kaufpreis für ein Pferd, noch ein Jahr lang dem C. unentgeltlich Klavierunterricht zu geben, so wird die Sache schon schwieriger, wenn C. den Unterricht zurückweist. Muß B. dem A. in Geld Ersatz leisten, wenn nichts ausgemacht ist? Er ist Klavierlehrer, den Unterricht gäbe er gern, eine Geldleistung ist ihm höchst unbequem. Hier wird eine sorgfältige Prüfung des Vertragswillens nöthig. Die 500 können den eigentlichen Preis bezeichnen, der Unterricht bloß als eine Art Zugabe versprochen sein, die wegfällt, wenn der Dritte nicht unterrichtet sein will. Wir wollen auf die Kasuistik nicht weiter eingehen.

Die Vorschrift des § 415:

wenn die Leistung zurückgewiesen wird, so fällt sie weg,

legt, ohne daß man die Motive heranzieht, die mißverständliche Auffassung nahe, als solle damit gesagt werden:

so ist eben nichts zu leisten.

Man wird also besser thun in § 415 zu sagen:

„Weist der Dritte die Leistung zurück, so bestimmt sich nach dem Inhalte und der Natur des Vertrages, ob die Leistungspflicht erlischt, oder statt an den Dritten nunmehr an den Vertragschließenden, welcher das Versprechen empfangen hat, die Leistung zu bewirken oder Werthsersatz zu gewähren ist. Ist die Leistung an dem Dritten als Entgelt für eine Leistung desjenigen, der das Versprechen empfangen hat, zugesagt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Leistung nunmehr an ihn erfolgen oder ihm Werthsersatz gewährt werden soll."

Wird die Leistung an den Dritten durch dessen Tod unmöglich, z. B. der Klavierunterricht im obigen Falle, der natürlich den Erben nicht ertheilt werden kann, so wird man im Allgemeinen davon ausgehen dürfen, daß die Vertragschließenden gewollt haben, die Leistung solle wegfallen, ohne daß Ersatz zu leisten sei, es sei denn im Vertrage der Fall besonders vorgesehen und eine Ersatzleistung an den Promissar stipulirt. Nach dieser Richtung ist zu einer besonderen

gesetzlichen Regelung kein Bedürfniß vorhanden. Ebenso scheint es dem Parteiwillen gemäß, wenn nicht ein besonderer Vorbehalt gemacht wurde, daß die Leistung an den Dritten, der erst geboren werden soll, wegfällt, wenn er innerhalb des Zeitraums von 30 Jahren nicht geboren wird. Auch hier wird eine Ersatzleistung an den Promissar bloß dann Platz zu greifen haben, wenn sie durch den Vertrag besonders vorgesehen ist, während in den Fällen der Zurückweisung der Leistung durch den Dritten eine unseres Erachtens durchaus nicht selbstverständliche Direktion durch das Gesetz dahin zu geben ist, daß auch ohne besondere Vereinbarung im Allgemeinen die Leistung an den Promissar statt an den Dritten als gewollt zu betrachten ist, wenn diese Leistung den Charakter der Gegenleistung an sich trägt. Ist man anderer Ansicht, so wäre § 415 entsprechend zu erweitern. Die betreffenden Fragen können aber auch wegen ihrer nicht allzu erheblichen Tragweite ruhig der Wissenschaft überlassen bleiben (vergl. noch l. 2 § 7 Dig. de donationibus 39, 5. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 7 S. 256. 257).

Zu § 416, welcher sagt:

> „Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu, wenn nicht ein anderes aus dem Inhalt des Vertrages erhellt,“

mag nur erwähnt werden, daß, wenn Jemand eine Sache kauft und den Kaufpreis an einen Dritten zu zahlen verspricht (ohne daß von der Uebernahme einer Schuld des Verkäufers die Rede ist), der Dritte natürlich nur Zug um Zug mit der Uebergabe der Kaufsache Zahlung fordern kann. Sein Recht ist also bis dahin bedingt, kann also vorher durch die Vertragschließenden abgeändert werden. Fehler beeinflussen seine Forderung (vergl. Förster-Eccius Bd. I S. 490 unter Nr. 9 und in Bezug auf Lebensversicherungen Bd. II S. 466 Note 12. Die wissentliche falsche Deklaration schadet dem Dritten, zu dessen Gunsten die Versicherung genommen wurde). Kann also der Käufer wegen Fehlerhaftigkeit redhibiren, so kann er Zahlung an den Verkäufer wie an den Dritten ablehnen. Bezüglich des Rechtes auf Preisminderung wird man ihm überlassen müssen, ob er einen Abzug dem Verkäufer an dem diesem stipulirten Theile des Kaufgeldes oder dem für den Dritten stipulirten Theile machen will. Es sei denn, daß der Vertrag ergiebt, daß dem Dritten vor allen Dingen seine Forderung, die ihm stipulirte Leistung, ungeschmälert zufließen sollte. Bei der Schuldübernahme wird die Minderung des

gleichzeitig stipulirten Restkaufgeldes als dem Willen der Vertragschließenden entsprechend vorgesehen werden können. Dabei kommen übrigens noch andere Gesichtspunkte (koincidirender Anerkenntnißvertrag?) in Betracht, die uns verhindern, hier auf die Sache weiter einzugehen (vergl. Dernburg Bd. II § 65 Note 6, Förster-Eccius Bd. I S. 788. Entscheidungen des Preußischen Obertribunals Bd. 80 S. 68, Striethorst Archiv Bd. 95 S. 312, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. I S. 403 Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Heft 1 S. 132 flg.).

Compensirt der Versprechende mit einer Gegenforderung und erklärt er nur den Rest an den Dritten leisten zu wollen, so wird es darauf ankommen, ob der Empfänger des Versprechens zustimmt, so lange das Abänderungsrecht besteht. Denn hier liegt eine Abänderung des ursprünglichen Vertrages vor. Das Gleiche hat in Betreff der Fristgewährung durch den Promissar zu gelten. Sobald das Recht des Dritten dem Abänderungs- und Aufhebungsrecht der Vertragschließenden entzogen ist, können Rechtsvorgänge, die sich unter den Vertragschließenden abspielen, das Recht des Dritten nicht mehr beeinflussen. Damit steht auch die Fassung des § 416 vollkommen im Einklange. Denn er beschäftigt sich nur mit den Einwendungen aus dem ursprünglichen Vertrage.

Das Resultat unserer Erörterungen dürfen wir dahin zusammenfassen, daß wir auch hier gefunden haben, wie im Prinzip der Entwurf auf dem richtigen Grundgedanken beruht und auf einer gesunden Fortentwickelung des Rechts in den durch praktische Bedürfnisse nahe gelegten Bahnen hinzuwirken bestrebt ist. Wenn wir dabei glaubten, einige Abänderungen empfehlen zu dürfen, so geschah es vorzugsweise, weil wir meinten, daß dadurch die betreffende Lehre an Klarheit gewänne.

II. Zu § 314 bis 319 des Entwurfs (Schuldübernahme).

Während der Entwurf mit Recht eine Bestimmung für entbehrlich ansieht, wonach mit Zustimmung aller 3 betheiligten Faktoren (Gläubiger, bisheriger Schuldner, neuer Schuldner) eine Schuld auf andere Schultern gelegt werden kann, hält er es für erforderlich, den nur von 2 der Betheiligten (Gläubiger und neuer Schuldner; alter und neuer Schuldner) geschlossenen Schuldübernahmeverträgen besondere Vorschriften zu widmen.

Bezüglich des zwischen Gläubiger und neuen Schuldner geschlossenen Vertrages bestimmt der § 314:

„Die Verbindlichkeit aus einem Schuldverhältnisse kann durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten von diesem in der Weise übernommen werden, daß der bisherige Schuldner aufhört, Schuldner zu sein, und der Dritte an dessen Stelle tritt (Schuldübernahme)."

Der Vertragswille soll, wenn anders er darauf gerichtet ist, befreiende Wirkung für den bisherigen, nicht zugezogenen Schuldner ausüben können, wie die Erfüllung der Schuld durch einen Dritten ohne Zuziehung des Schuldners (§ 227). Natürlich ist auch ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten denkbar, wonach der letztere neben dem alten Schuldner als Gesammtschuldner accessorisch in die Schuld eintritt, also unter Aufrechterhaltung der Verhaftung des alten Schuldners.

Wir haben schon bei den Versprechen über Leistung an einen Dritten diesen Fall gestreift und festgestellt, daß die Befreiung des alten Schuldners sich sehr wohl aus der Regel über die unmittelbare Berechtigung des Dritten aus Verträgen über Leistungen an ihn (hier über die Unterlassung der Einforderung der Schuld von ihm) herleiten ließe. Aber deshalb halten wir die besondere Vorschrift des § 314 doch als zur Klarstellung dienlich. Dagegen halten wir den Paragraphen nicht schon deshalb für nöthig, weil er die Grundanschauung des Entwurfs, wonach Sondernachfolge in Schuld möglich ist, nebenher zum Ausdruck bringt. Angesichts der freien Vertragstheorie, welche wir haben, ist es durchaus selbstverständlich, daß der Vertragswille auch die Kraft äußern kann, daß ein Dritter eine fremde Schuld ganz in der Weise auf sich nimmt, mit ihren Mängeln und Vorzügen, wie sie in der Person eines Anderen zur Entstehung gelangte, und wenn einer Gesetzgebung jedes angenommene Versprechen einer Leistung zur Entstehung von Schuldverhältnissen genügt mit der alleinigen Ausnahme, daß bei Schenkungsversprechen und bei Schuldversprechen ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes besondere Formen zu beobachten sind, so kann die Gültigkeit des hier in Rede stehenden Vertrages nicht bezweifelt werden. In dem Versprechen der Bezahlung einer fremden Schuld ist ein Schenkungsversprechen nicht zu finden. Eine Schenkungsabsicht gegen den Gläubiger, der zu fordern hat, der durch die Erfüllung stets nur das ihm Gebührende erhält, kann hier als kausal für den Schuldübernahme-

vertrag nicht in Frage kommen. Oekonomisch betrachtet, kann sich freilich, wenn der alte Schuldner ein erklärter Habenichts ist, das Versprechen der Tilgung seiner Schuld einem Schenkungsversprechen nähern. Es würde uns jedoch zu weit führen, wollten wir auf derartige Fälle hier näher eingehen und wir dürfen dahin gestellt sein lassen, ob nicht etwa gelegentlich im einzelnen Falle sich unter der Hülle der Schuldübernahme eine wahre Schenkung an den Gläubiger verbirgt. Jedenfalls ist es gleichgültig, ob der Schuldübernehmer dem bisherigen Schuldner durch die Schuldübernahme eine Schenkung machen will, denn dem bisherigen Schuldner gegenüber liegt in der Schuldübernahme sicher kein Schenkungs*versprechen*, sondern die Verwirklichung der Schenkungsabsicht selbst. Die Bezugnahme auf eine fremde Schuld hat man aber von je als eine genügende Bezeichnung des Verpflichtungsgrundes für ein Schuldversprechen angesehen. Die Wirksamkeit des Verzichtes auf Geltendmachung der Forderung gegen den alten Schuldner, welche an sich ohne Annahme (§ 230) in Frage stehen würde, kann allerdings ohne Heranziehung der Vorschriften über Versprechen der Leistung an Dritte aus der allgemeinen Vertragstheorie und der unbeschränkten Zulassung aller Konsensualverträge allein nicht hergeleitet werden.

Im Uebrigen gestalten sich die Rechtsverhältnisse bei einem Schuldübernahmevertrage im Sinne des § 314 (Expromission) nicht wesentlich anders als im Römischen Rechte, wenn der neue Schuldner dem Gläubiger durch Stipulation novirend versprach, dasjenige zu leisten, was der alte Schuldner aus dem und dem Geschäfte demselben schuldete (nicht eine bestimmte Schuldsumme). Dort hatte der Gläubiger gegen den neuen Schuldner klagend zu beweisen, daß ihm der alte Schuldner z. B. durch Kauf und Uebergabe so und so viel schuldig geworden sei und der neue Schuldner sich durch Stipulation verpflichtet habe, was jener schulde, zu bezahlen. Der neue Schuldner konnte in Abrede stellen, daß jener die behauptete Summe schuldig geworden sei, er konnte den Minderwerth der verkauften Sache wegen ihrer Fehler, ihre erfolgte Rückgabe wegen Fehlerhaftigkeit geltend machen u. s. w. Materiell liegt jetzt die Sache ebenso, und es ist eigentlich ein Streit um Worte, wenn wir jetzt die Sache so konstruiren, der neue Schuldner schuldet *dieselbe* Schuld wie der alte, während die Römer von der Regel der Unübertragbarkeit der Schuldverhältnisse auf der aktiven wie auf der passiven Seite (außer im Erbrecht) ausgehend, sagten, der neue Schuldner schulde aus der Stipulation, die

nur in künstliche, aber für den Verkehr unbedingt nothwendige Abhängigkeit von der alten Obligation gebracht war.

Durch die erwähnte Stipulationsform (quidquid Titius debet ex illa causa, dare spondes?) war die Stipulation mit der alten Obligation in einer Weise verquickt, welche vollständig vergessen lassen konnte, daß man es mit einem neuen Schuldner überhaupt zu thun hatte und der Effekt der Singular-Succession in die passive Seite der Obligation nahezu vollkommen erreicht.

Natürlich kann sich die Sache auch so gestalten, daß der neue Schuldner dem Gläubiger eine bestimmte Summe zu zahlen verspricht, während dieser den bisherigen Schuldner freigiebt. Dann liegt die Sache nicht wesentlich anders als bei der Stipulation, durch welche im Römischen Recht der neue Schuldner dem Gläubiger eine bestimmte Geldsumme, unter Novation der Obligation des alten Schuldners versprach. Wenn sich auch der § 314 nicht ausdrücklich über diesen Fall verhält, so würden wir doch einem so gestalteten Vertrage ähnliche Wirkungen beizumessen haben; nur daß hier der Vertrag dem neuen Schuldner die Möglichkeit nimmt, seinem bestimmten Summenversprechen gegenüber auf Einreden aus der vorvertragsmäßigen Zeit, wie sie ihm etwa der bisherige Schuldner an die Hand geben könnte, zurückzugreifen.

Wir wenden uns nun zu dem „Schuldübernahmevertrag", welchen der bisherige Schuldner und der neue Schuldner ohne Zuziehung des Gläubigers abschließen. Bei Besprechung der §§ 412 bis 416 des Entwurfs haben wir bereits gesehen, daß dieser Vertrag, vom Standpunkt des Gläubigers aus einmal zunächst betrachtet, unbedenklich den Verträgen über Leistung an einem Dritten einzureihen ist (vergl. Bd. 12 S. 161 der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts), so sehr man sich mit Fug gegen die Auffassung des gedachten Vertrages als einer Unterart der Verträge zum Vortheil Dritter sträuben mag. Zum Ueberfluß polemisiren deshalb die Motive gegen die Einreihung des Vertrages unter die Verträge zum Vortheile Dritter (Bd. 2 S. 144), obschon der Entwurf letztere Kategorie überhaupt nicht kennt. An sich liegt auch darin, daß es sich bei dem fraglichen Vertrage um das Versprechen einer Leistung handelt, dessen Erfüllung zum Mindesten nebenher den ursprünglichen Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit, nichts, was zu einer abweichenden Auffassung drängen könnte. Steht eine Gesetzgebung auf dem Standpunkte, daß durch den Ver-

trag über Leistung an einen Dritten, der Dritte unmittelbar berechtigt wird, so erhält bei einem Vertrage, wonach ein Anderer die Schuld des Primus an den Tertius zu tilgen verspricht, der Tertius einfach unmittelbar durch den Vertrag einen neuen Schuldner und ob dadurch der frühere Schuldner frei wird oder nicht, ist zunächst für die juristische Konstruktion ohne Belang. Steht eine Gesetzgebung auf dem Standpunkte, daß der Dritte durch den Vertrag über Leistungen an ihn jedenfalls dann unmittelbar berechtigt wird, wenn die Vertragschließenden dies gewollt haben, so wird wenigstens, wenn alter und neuer Schuldner die unmittelbare Berechtigung des Gläubigers gegenüber dem neuen Schuldner bei Abschluß des Uebernahmevertrages wirklich wollten, unbeschadet der Frage nach der Entlassung des alten Schuldners, die unmittelbare Berechtigung des Gläubigers aus einem so gearteten Vertrage kaum in Zweifel gezogen werden dürfen. Man kann auch, an den Ausdruck „Schuldübernahme" sich klammernd, keineswegs aus der Natur des Vertrages herleiten, daß die Entlassung des alten Schuldners selbstverständliche Bedingung für den Eintritt des neuen Schuldners ist. Vielleicht mag der Ausdruck „Schuldübernahme" nicht ganz passend befunden werden für Verträge, bei denen die Vertragschließenden die Entlassung des alten Schuldners aus der Haft nicht ausdrücklich oder stillschweigend als Bedingung der Verhaftung des neuen Schuldners setzen, man wird aber zugeben müssen, daß derartige Verträge, bei denen der neue Schuldner ganz wie der alte dem Gläubiger als correns haften will, denkbar sind, häufig sind und sie die juristische Konstruktion sicher ohne Zwang den Verträgen über Leistungen an Dritte unterordnen wird. Es kann sich bei denselben nur fragen, ob besondere Vorschriften deshalb als geboten erscheinen, weil der Dritte schon zu dem alten Schuldner in Beziehung stand, beziehungsweise noch steht, weil es dieselbe Schuld ist, die der alte und neue Schuldner schulden u. s. w.

Kein Rechtssystem kann so weit gehen, dem bisherigen Schuldner zu gestatten, durch Vertrag mit einem Anderen dem Gläubiger einseitig einen neuen Schuldner von vielleicht äußerst problematischer Leistungsfähigkeit zu oktroyiren, dagegen darf man unbedenklich gestatten, dem Gläubiger durch Vertrag des bisherigen Schuldners mit einem Anderen einen zweiten Schuldner derselben Schuld zu geben, und es ist nur die Frage zu lösen, ob im Zweifel die unmittelbare Verhaftung des neuen Schuldners bei einem Vertrage zwischen alten

und neuen Schuldner über die Schuldübernahme als von den Vertragschließenden gewollt anzusehen ist, auch wenn der alte Schuldner nicht gleichzeitig von seiner Haft befreit wird; oder ob man annehmen soll, daß im Zweifel nur die Schuldübernahme unter der Bedingung der Haftentlassung des alten Schuldners als gewollt zu gelten hat. Letzteres thut der Entwurf, Ersteres halten wir für das Richtigere. Wir brauchen uns nur die Unzahl von Grundstücks-Kaufverträgen anzusehen, bei denen die Schuldübernahme vorzugsweise praktisch ist. Wer möchte da behaupten, daß die Parteien den Vertrag nicht gewollt haben, wenn der Darlehnsgläubiger, dessen hypothekarisch verbriefte Post der Käufer übernahm, die Marotte hat, den Verkäufer der persönlichen Haft nicht zu entlassen. Bei dem hohen Immobiliarstempel der Grundstücksveräußerungsverträge, bedingte wie unbedingte, in den meisten deutschen Staaten belastet, könnte die Rücksicht auf ihn schon von der Neigung, derartig bedingte Verträge abzuschließen, fernhalten. Die Vertragschließenden denken nicht daran, ihren Vertrag in solche Abhängigkeit von den Entschließungen eines Gläubigers zu setzen, und das Interesse an der Verkehrserleichterung verbietet, eine vorherige Kommunikation mit dem Gläubiger zur Pflicht zu machen. Auf anderen Gebieten, z. B. bei der Uebernahme eines Handelsgeschäfts mit seinen Passiven, liegt die Sache ebenso, und es sollte bei einem Rechtssystem, das prinzipiell die unmittelbare Berechtigung des Dritten aus Verträgen über Leistungen an ihn, wenn sie wenigstens gewollt ist, zuläßt, nicht verkannt werden, daß der Wille der Vertragschließenden, der einmal auf die Berechtigung eines Dritten gerichtet ist, diesen Effekt auf thunlichst kürzestem Wege zu erreichen bestrebt ist, daß daher, wenn man die Berechtigung des Dritten von der Haftentlassuug des alten Schuldners im konkreten Falle abhängig sein lassen will, die Parteien diese Bedingung ausdrücklich bei Abschluß ihres Vertrages setzen mögen. Eine Schuldübernahme, isolirt von einem anderen Vertrage, ist eine Rarität. Sie ist ja isolirt, abgesehen von dem Falle der Schuldübernahme solutionis causa wohl nur denkbar als Akt der Verwirklichung einer Schenkungsabsicht gegen den bisherigen Schuldner, und hier wünscht der Schenker unter allen Bedingungen vom Gläubiger in Anspruch genommen zu werden, er müßte keine redliche Schenkungsabsicht sonst haben. Normal erscheint die Schuldübernahme als Nebenvertrag, und hier spricht schon ihre nebensächliche Stellung dafür, daß weder sie selbst, noch der Hauptvertrag nach dem muthmaßlichen Willen der Parteien von der Zu-

stimmung des Gläubigers in die Entlassung des alten Schuldners abhängen sollen. Ist die Haft des neuen Schuldners durch die Vertragschließenden in bedingte Abhängigkeit von der Entlassung des alten Schuldners thatsächlich gebracht, so muß bis zum Eintritt der Bedingung das Abänderungs- und Aufhebungsrecht der Vertragschließenden beziehungsweise das einseitige Widerrufsrecht des Promissars im Anschluß an unsere Ausführungen zu den Verträgen über Leistungen an einen Dritten anerkannt werden. Keinesfalls haben wir den Gedanken der Sondernachfolge in Schuld (entgegen S. 144 Bd. II der Motive) irgendwelche Zugeständnisse zu machen, da wir in der Lage sind, den neuen Schuldner als Gesammtschuldner neben den alten Schuldner treten zu lassen, so daß beide als in gleicher Weise zu derselben Leistung verpflichtet erscheinen.

Wenn wir in unseren etwas aprioristischen Erörterungen, zu denen wir durch die allgemeine Vertragslehre des Entwurfs und unsere Anschauungen hinsichtlich der Verträge über Leistungen an einen Dritten gedrängt wurden, fortfahren dürfen, so giebt es hier die weitere Frage zu lösen, wie das Verhältniß der beiden Vertragschließenden zu gestalten ist, während wir bisher vorzugsweise den am Vertragsschlusse nicht betheiligten Gläubiger in's Auge faßten. Ist die Haft des neuen Schuldners vor der Entlassung des alten Schuldners aus der Haft durch den Gläubiger bedingt, so geht der muthmaßliche Parteiwille dahin, daß der Schuldübernehmer die Entschließung des Gläubigers herbeizuführen hat. Fällt sie ungünstig aus, so fällt der Vertrag zusammen. Ist die Schuldübernahme aber gewollt, auch wenn der alte Schuldner der Haft nicht entlassen wird, was wir im Zweifel nach obigen Ausführungen immer annehmen, so entsteht die weitere Frage, ob nach dem muthmaßlichen Parteiwillen, wenn der Vertrag diesen Gegenstand nicht besonders ordnet, der Schuldübernehmer verpflichtet ist, die sofortige Befreiung des bisherigen Schuldners herbeizuführen, oder nur für denselben bei Erfüllung einzutreten. Der Entwurf hat das unbestreitbare Verdienst, auf diesen Unterschied im Maße der Pflichten des Schuldübernehmers hingewiesen zu haben (§ 318) und seine Entscheidung, wonach im Zweifel der neue Schuldner nur bei der Erfüllung statt des bisherigen Schuldners einzutreten hat, dürfte das Richtige treffen und durchaus den Anforderungen des Verkehrs entsprechen. Freilich scheint der Entwurf, indem er einen Gegensatz von Erfüllungsübernahme und Schuldübernahme konstruirt und die

Erfüllungsübernahme zu einem besonderen Rechtsbegriff auszubilden sich bemüht, über das Ziel ein wenig hinauszuschießen. In beiden Fällen übernimmt doch füglich der Schuldner die Tilgung fremder Schuld und man kann hier wie dort von Schuldübernahme und Erfüllungsübernahme reden.

Von der grundsätzlichen Regel, wonach der Schuldübernehmer im Zweifel die liberatorische Erklärung des Gläubigers nicht zu verschaffen, sondern bloß für ihn erfüllend einzutreten hat, hält der Entwurf (§ 318 Absatz 2) eine Ausnahmevorschrift zu Gunsten der Kaufverträge für geboten. Hier soll im Allgemeinen Schuldübernahme im engeren Sinne, also an sich auch die Befreiungspflicht des Käufers als gewollt angesehen werden, der Käufer aber gleichwohl dem Verkäufer nur dafür haften, daß dieser von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen werde. Anscheinend wird dabei übersehen, daß wenn der Vertrag als von der Genehmigung des Gläubigers bedingt nach der Struktur des Entwurfes anzusehen ist, seine Erklärung, wonach er nicht genehmigt, auch wenn der Käufer eine Erklärung desselben überhaupt zu beschaffen nicht verpflichtet ist, genügt, um den Vertrag überhaupt über den Haufen zu werfen. Von unserem Standpunkte aus müssen wir gerade beim Kaufvertrage an der Regel festhalten, daß zwar sofortige unmittelbare Berechtigung des Gläubigers gegen den schuldübernehmenden Käufer Platz zu greifen hat, daß aber im Zweifel der Käufer seinem Verkäufer bloß verpflichtet ist, im gegebenen Falle ihn erfüllend zu vertreten, nicht alsbald ihm eine Haftentlassungs-Erklärung des Gläubigers zu verschaffen. Sollte man etwa für Kaufverträge die Regel aufstellen wollen, Käufer habe die Entlassung der Verkäufers nach dem zu vermuthenden Parteiwillen herbeizuführen und natürlich auch, wenn ihm das bei der Hartnäckigkeit des Gläubigers nicht gelingt, das Interesse zu leisten, so hieße das in vielen Fällen nichts anderes, als ihn wirthschaftlich total ruiniren. Man denke z. B. an einen Fall, wo der Gläubiger ein Darlehn auf Seiten des Schuldners 10 Jahre unkündbar (jetzt bei den Schwankungen des Zinsfußes durchaus nichts Seltenes!) hergegeben hat und der Käufer nun den Verkäufer, den der Gläubiger der Haft nicht entläßt, Sicherheit gegen jeden persönlichen Angriff durch Hinterlegung oder sonst zu bieten hätte. Gerade hier erkennt man recht, wie weise der Gesetzgeber handelt, der im Zweifel so weit tragende Wirkungen dem Schuldübernahmevertrage im Verhältnisse der Vertragschließenden unter einander nicht beimessen will.

Wir haben schon betont, daß der Gesetzgeber nimmermehr zulassen darf, daß dem Gläubiger durch den Vertrag Dritter an Stelle seines Schuldners ein anderer, vielleicht völlig leistungsunfähiger aufgedrungen werde. Will man in die Gläubigerrechte gesetzgeberisch zu Gunsten der Uebertragung von Schulden von einer Person auf die andere eingreifen, so kann es nur in der Richtung geschehen, daß man aus dem Stillschweigen des Gläubigers nach erlangter Kenntniß von erfolgter Schuldübernahme während einer gewissen Zeit sein Einverständniß mit der im Effekte doch immer gewollten Entlassung des alten Schuldners aus der Haft folgert. Wollte man ganz allgemein das Stillschweigen des Gläubigers zu Gunsten des alten Schuldners auslegen, so läge darin eine äußerst bedenkliche Härte gegen den Gläubiger, welche ihn zwänge, sich ständig in protestirender Situation gegenüber Schuldübernahmen, von denen die eine die andere jagen kann, zu halten. Der § 41 des Preußischen Eigenthumsgesetzes Absatz 2 hat den angedeuteten Weg betreten. Der § 41 jenes Gesetzes lautet:

„Hat der Erwerber eines Grundstückes die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Uebernahmevertrage nicht beigetreten ist.

Der Veräußerer wird von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigenthümer des Grundstücks gekündigt und binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit eingeklagt hat. Ist das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft, so beginnt die Frist mit Ablauf der Zeit oder Eintritt des Ereignisses."

Nicht die Thatsache, daß der Gläubiger Kenntniß vom Uebernahmevertrage irgendwie erlangt hat, ist von Belang. Der Veräußerer muß ihm die Uebernahme bekannt gegeben haben. Darin erblickt das Gesetz eine Aufforderung zur Entlassung aus der Haft, welche der Gläubiger durch konkludentes Verhalten, Stillschweigen während geraumer Zeit, mit „ja" beantworten kann. Der Gläubiger wird sich sehr häufig durch den Umstand, daß sein Geld mit Rücksicht auf das Pfandobjekt gut angelegt, die Person des Schuldners von sehr

nebensächlicher Bedeutung ist, bestimmen lassen, zu schweigen. Gerade deshalb bedeutet der citirte Paragraph des Preußischen Gesetzes für den Immobiliarverkehr eine große Erleichterung. Der Uebergang der Schulden vollzieht sich spielend ohne den Apparat förmlicher Entlassungsurkunden. Daß über den § 41 des gedachten Gesetzes vielfach Prozesse entbrannt sind, darf nicht beirren. Das ist das Geschick neuer Gesetze, die wesentliche Neuerungen bringen. Es kann das namentlich nicht in Betracht kommen gegenüber der Härte, welche darin liegt, wenn man vielleicht nach Jahrzehnten wegen einer Schuld in Anspruch genommen wird, die auf einem längst dem Gesichtskreise entschwundenen Besitzthum lastete. Man sollte, meinen wir, den Gedanken des Preußischen Gesetzes nicht preisgeben, sondern im Verkehrsinteresse (vergl. Förster-Eccius Bd. I. S. 778) weiter ausbauen. Bei einer Gesetzgebung, die wie der Entwurf die exceptio excussionis realis oder die Verweisung des Gläubigers auf das Pfand nicht kennt, kann nur die Klage gegen den persönlichen Schuldner unterbrechen. Die Frist, die dem Gläubiger gewährt wird, um sich schlüssig zu machen, sei nicht zu knapp bemessen, damit er den neuen persönlichen Schuldner kennen lerne und sich über die Frage der Entlassung des alten Schuldners in Ruhe schlüssig machen, auch zunächst versuchen könne, von diesem oder aus dem Grundstücke Befriedigung zu erlangen. Die kurze Verjährungsfrist von 2 Jahren, welche der Entwurf kennt (§ 156), wird indessen ausreichen. Einen Fortschritt auf der einmal betretenen Bahn würde es unseres Erachtens bedeuten, wenn es gleichviel wäre, von welcher Seite die Kenntniß von dem Schuldübergange und damit die Anregung zur Frage nach der Entlassung des bisherigen Schuldners aus der Haft käme. Die Benachrichtigung des Grundbuchamtes von dem Eigenthumswechsel wird freilich niemals hinreichen, weil an den Eigenthumswechsel sich die Schuldübernahme nicht ohne Weiteres knüpft. Fraglicher ist es, ob man noch einen Schritt weiter in der Richtung gehen soll, daß man auch bei der Uebernahme nicht hypothekarisch verbriefter Schuldposten, z. B. bei Uebernahme eines Handelsgeschäfts, die Haft des früheren Schuldners nach einer gewissen Zeit erlöschen läßt, so daß die Sache sich ähnlich gestaltete, wie beim Erlöschen der Haft eines ausgeschiedenen Gesellschafters oder Genossenschafters für Schulden der Gesellschaft beziehungsweise Genossenschaft in Folge der kurzen Verjährung. Wir würden auch diesen Schritt unbedenklich wagen, zumal wenn für die im Momente der Schuldübernahme noch nicht

fälligen Forderungen, wie im Preußischen Gesetze, durch Fristerstreckung gesorgt wird.

Der Grundsatz wäre etwa so zu formuliren:

„Hat ein Dritter durch Vertrag mit dem bisherigen Schuldner eine Schuld desselben übernommen, so erlischt der Anspruch des Gläubigers gegen den bisherigen Schuldner, wenn er die Schuld gegen ihn nicht binnen zwei Jahren seit erlangter Kenntniß von der Schuldübernahme eingeklagt hat. Ist die Fälligkeit der Schuld von einer voraufgehenden Kündigung abhängig, so verlängert sich die Frist um die Kündigungsfrist. Ist das Kündigungsrecht für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen oder an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft, so beginnt die Frist nach Ablauf der Zeit oder Eintritt des Ereignisses."

Was die Gestaltung des Einrederechts des neuen Schuldners gegenüber dem Gläubiger anbetrifft, so halten wir besondere Vorschriften, wie sie der § 316 des Entwurfs bringt, für entbehrlich. Wir können auf die bei Besprechung des § 314 des Entwurfs bereits gemachten Bemerkungen verweisen. Tritt der neue Schuldner ganz in die alte Schuld des bisherigen Schuldners, so stehen ihm natürlich auch seine Einreden zur Verfügung. Daß er Forderungen die den bisherigen Schuldner zustehen, wenn sie ihm nicht mit abgetreten werden, nicht zur Aufrechnung bringen kann, folgt aus § 282. Verspricht der neue Schuldner, der eine Sache kauft, blos dem Verkäufer einen bestimmten Theil des Kaufgeldes an einen Dritten zu zahlen, so liegt überhaupt keine Schuldübernahme vor, sondern eine andere unbestrittene Spezies der Verträge über Leistungen an Dritte. Uebernimmt aber der Käufer beispielsweise die Darlehnsschuld des Verkäufers an einen Dritten von x Mark in Anrechnung auf das Kaufgeld, so liegt eine Schuldübernahme vor, die aber gleichzeitig mit einer Anerkennung oder Feststellung der Schuld von Seiten des bisherigen Schuldners zusammenfällt und zur Folge haben muß, daß der Schuldner keinerlei Einrede aus dem früheren Verhältnisse zwischen Gläubiger und alten Schuldner vorschützen darf (vergl. Bähr, Urth. des Reichsgerichts S. 86. 87. Rocholl Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Heft 1 S. 132 ff.). Irrte sich der alte Schuldner über den Umfang seiner Verpflichtungen, so mag er dem Gläubiger gegenüber kondiziren, hat der Vertragswille einmal die Kraft, Dritte unmittelbar zu berechtigen, sei es mit ihrer Genehmigung, wie der Entwurf

will, oder ohne dieselbe, wie wir gern wollten, so muß er diese Wirkung auch in dem Umfange äußern, in dem er zur Erscheinung trat. Wir würden deshalb auch so weit gehen, dem Schuldner, der Fehler der verkauften Sache entdeckt, nicht zu gestatten, dem Darlehnsgläubiger mit der Minderungseinrede Abstriche an der übernommenen Schuld zu machen, weil der Minderwerth die baare Anzahlung übersteigt, die er vom Verkäufer zunächst zurückforderte. Er mag auch wegen des überschießenden Betrages sich an den Verkäufer halten. Ebenso halten wir den § 317 des Entwurfs, welcher die Frage nach der Behandlung der Bürgschaften und Pfänder bei der Schuldübernahme an sich sachgemäß regelt, für überflüssig. Es bedarf nicht der ausdrücklichen Regelung durch das Gesetz, um Bürgschaften und Pfandrechte mit dem Erlöschen der Schuld des alten Schuldners zu Grunde gehen zu lassen, wenn nicht ausdrücklich die Person des Schuldners in ganz außergewöhnlicher Weise als belanglos im Bürgschafts- oder Verpfändungsvertrage bezeichnet wurde, so daß der Vertragswille thatsächlich den Fall einer Schuldübernahme mitumfaßte und die Haft ohne Rücksicht auf die Person des Schuldners unbedingt bis zur vollen Befriedigung des Gläubigers fortdauern sollte. Die Frage kann im einzelnen Falle durch Interpretation ohne große Schwierigkeit gelöst werden. Natürlich müssen auch bloße Vorzugsrechte mit der Schuldübernahme hinwegfallen, die etwa der Gläubiger gegenüber dem Vermögen des alten Schuldners hatte, wie der § 317 noch ausdrücklich hervorhebt. Dies wird gleichfalls schwerlich bezweifelt werden.

Nach Allem gelangen wir zu folgenden wenigen Paragraphen, die wir an Stelle der §§ 315 bis 318 des Entwurfs gesetzt sehen möchten:

> „§ 315. Durch einen Vertrag, welchen der bisherige Schuldner ohne Zuziehung des Gläubigers mit einem Andern schließt und worin der letztere die Schuld jenes übernimmt, wird der bisherige Schuldner nicht befreit, der Gläubiger aber gegenüber dem Schuldübernehmer berechtigt. Auf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer finden die Vorschriften über das Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 412 bis 416) Anwendung."
>
> § 316 würden wir fassen, wie oben bei Besprechung des § 41 des Preußischen Eigenthumsgesetzes vorgeschlagen. Es würde also durch § 316 die stillschweigende Haftentlassung des alten Schuldners zu regeln sein.

§ 317 würden wir, den Gedanken des § 318 verwerthend, so formuliren:

„Im Zweifel ist der neue Schuldner aus dem Schuldübernahmevertrage dem bisherigen Schuldner gegenüber nicht verpflichtet, die sofortige Befreiung desselben zu bewirken, sondern nur statt seiner zu erfüllen."

Um die Uebersicht zu erleichtern, lassen wir an dieser Stelle die §§ 315 bis 318 des Entwurfs zugleich mit dem bereits gebilligten § 314 und dem noch zu billigenden § 319 des Entwurfs abdrucken.

§ 314.

Die Verbindlichkeit aus einem Schuldverhältnisse kann durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten von diesem in der Weise übernommen werden, daß der bisherige Schuldner aufhört, Schuldner zu sein, und der Dritte an dessen Stelle tritt (Schuldübernahme).

§ 315.

Die Schuldübernahme kann auch durch einen Vertrag erfolgen, welcher zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldübernehmer geschlossen wird. Ein solcher Vertrag wird für und gegen den Gläubiger erst mit dessen Genehmigung wirksam. Bis zur Ertheilung der Genehmigung können die Vertragschließenden den Vertrag aufheben oder ändern. Der Schuldübernehmer ist dem bisherigen Schuldner zur Verschaffung der Genehmigung verpflichtet.

Das Recht des Gläubigers zur Ertheilung der Genehmigung ist davon abhängig, daß ihm der eine oder andere Vertragschließende von dem Vertrage Mittheilung gemacht hat. Wird die Genehmigung verweigert, so ist der Gläubiger zur nachträglichen Ertheilung derselben nur berechtigt, wenn er zu derselben aufgefordert wird. Als Verweigerung der Genehmigung gilt es, wenn dem Mittheilenden innerhalb einer von ihm festgesetzten Frist eine bestimmte und ausdrückliche Erklärung nicht zukommt; die Genehmigung sowie deren Verweigerung kann nach Beginn der Frist nur gegenüber dem Mittheilenden erklärt werden.

§ 316.

Der Schuldübernehmer kann dem Gläubiger Einreden nicht entgegensetzen, welche eine ausschließliche Beziehung auf

die Person des bisherigen Schuldners haben. Er kann Forderungen, welche dem bisherigen Schuldner zustehen, nicht zur Aufrechnung bringen. Er kann Einwendungen aus dem Rechtsgrunde der zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner vereinbarten Schuldübernahme nicht herleiten.

§ 317.

Die zur Zeit der Schuldübernahme mit der Forderung verbundenen, zur Verstärkung derselben dienenden Nebenrechte bleiben bestehen. Nicht bestehen bleiben jedoch die Rechte aus einer von einem Dritten für die Forderung geleisteten Bürgschaft oder bewirkten Verpfändung, es sei denn, daß ohne Rücksicht auf die Person des bisherigen Schuldners die Bürgschaft geleistet und das Pfandrecht bestellt worden ist, oder daß der Gegenstand des Pfandrechtes zur Zeit der Schuldübernahme dem Schuldner rechtlich zugehört.

Die zur Zeit der Schuldübernahme mit der Forderung verbundenen bloßen Vorzugsrechte fallen weg.

§ 318.

Verpflichtet ein Dritter sich dem Schuldner, die Leistung an den Gläubiger zu bewirken (Erfüllungsübernahme), so haftet er nur dafür, daß der Gläubiger den Schuldner nicht in Anspruch nimmt; er ist nicht verpflichtet, die sofortige Befreiung des Schuldners zu bewirken. Im Zweifel ist anzunehmen, daß nicht die Schuldübernahme, sondern die Erfüllungsübernahme beabsichtigt sei.

Ist bei einem Kaufvertrage vereinbart, daß der Käufer eine Verbindlichkeit, für welche der Verkäufer persönlich haftet, in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen habe, so ist, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellt, eine den Vorschriften des § 315 unterliegende Schuldübernahme als vereinbart anzusehen. Der Käufer ist jedoch zur Verschaffung der Genehmigung des Gläubigers nicht verpflichtet; er haftet dem Verkäufer nur dafür, daß dieser von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird.

§ 319.

Uebernimmt Jemand durch Vertrag das ganze gegenwärtige Vermögen eines Anderen, so haftet er den Gläubigern

des letzteren von der Schließung des Vertrages an für die zu dieser Zeit vorhandenen Schulden, jedoch nicht über den Werth des Aktivvermögens hinaus und unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners. Wird das Aktivvermögen, bevor es dem Uebernehmer ausgefolgt ist, ohne dessen Verschulden vermindert, so haftet der Uebernehmer nicht über den Werth des übrig gebliebenen Vermögens hinaus.

Eine Vereinbarung, durch welche die im ersten Absatze vorgeschriebene Haftung ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nichtig.

Im Falle der Uebernahme nur eines Bruchtheiles des Vermögens finden die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes entsprechende Anwendung.

Zusätzlich wollen wir nur noch bemerken, daß es einer Begrenzung der Zulässigkeit der Schuldübernahme mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung (die Leistung ist an die Person geknüpft, höchstpersönlicher Natur) durch das Gesetz nicht bedarf, wie die Motive (S. 146 a. a. O.) zutreffend hervorheben.

Auch ist die Aufnahme besonderer Vorschriften in das Gesetzbuch, wonach die Schuldübernahme, die sich an einem Kauf oder einen anderen synallagmatischen Vertrag knüpft, bis zur Erfüllung der Gegenleistung (Zug um Zug) in der Schwebe bleibt und als bedingt zu gelten hat, nicht geboten. Wir haben schon bei Behandlung der Verträge über Leistungen an Dritte auch für diesen Fall gültige allgemeine Grundsätze entwickeln dürfen.

Was den § 319 des Entwurfs anbetrifft, so ist er der Ausdruck eines gesunden Gedankens. Wir fürchten auch nicht, daß Jemand verkennt, obschon dies nicht mit dürren Worten gesagt ist, daß der Erwerber eines ganzen gegenwärtigen Aktivvermögens für die Schulden desselben von Rechtswegen zu haften hat, auch wenn er im Vertrage diese Verhaftung ausdrücklich ablehnte.

Eine große Tragweite darf man dem § 319 nicht beimessen, denn fortan wird jeder, der unlautere Absichten hat, Geschäfte nicht in die Form der Uebernahme eines ganzen Vermögens oder eines Bruchtheils desselben kleiden, sondern das Geschäft in Atome zerlegen und es wird dann doch blos die Anfechtung der einzelnen Geschäfte dem benachtheiligten Gläubiger übrig bleiben, während der § 319 gerade nach der Richtung offenbar sich dienstbar erweisen soll, daß er den

Umweg der Anfechtung erspart und direkt zum Ziele führt. Für den Fall der Uebernahme eines Geschäftsvermögens — es braucht nicht unbedingt dabei an eine Handelsfirma gedacht zu werden — ist der Paragraph leider nicht verwerthbar und uns will es scheinen, als ob ein weiterer Ausbau in der Richtung beschränkterer Inbegriffe, als es das ganze gegenwärtige Vermögen eines Menschen ist, nicht so leicht durchführbar wäre. Sicher aber würde auch hier der Nutzen gegenüber den Schleichwegen unlauterer Elemente ein verschwindend geringer sein. Bemerkenswerth bleibt, daß hier der Gesetzgeber die direkte Verhaftung des freiwilligen oder unfreiwilligen Schuldübernehmers gegenüber dem Gläubiger ohne Weiteres aus dem Vertrage herzuleiten kein Bedenken getragen hat.

Zum Sachenrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Gutachten I.

Von Justizrath **Max Wolff** in Berlin.

Das Sachenrecht des Entwurfs zum Bürgerlichen Deutschen Gesetzbuche hat sich die Aufgabe gestellt, die rechtlichen Beziehungen der Person zur Sache, mithin vornehmlich die dinglichen Rechte zu ordnen.

Dingliche Rechte finden nach dem Entwurfe nur an Sachen im eigentlichen Sinne, an körperlichen Dingen, Statt, und ihre Zahl ist eine geschlossene, so daß die Betheiligten nur solche Rechte begründen können, deren Begründung das Gesetz zuläßt.

Der Entwurf regelt die römischen jura in re, mit Ausnahme der Emphyteusis, sowie das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallasten und die Grundschuld, und es werden in 9 Abschnitten behandelt:

> Allgemeine Vorschriften, Besitz und Inhabung, Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken, Eigenthum, Vorkaufsrecht an Grundstücken, Erbbaurecht, Dienstbarkeiten, Reallasten, Pfandrecht und Grundschuld.

Der Entwurf hat die Theorie vom titulus und modus acquirendi verlassen, der dingliche Vertrag ist vom obligatorischen Grunde unabhängig.

Die Rechte an unbeweglichen Sachen sind unter der Voraussetzung des Grundbuchsystems auf der Grundlage des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs und des Konsens- und Eintragungsprinzips gestaltet. Die Voraussetzung ist dahin ausgesprochen, daß gleichzeitig mit der Einführung des Gesetzbuchs im Wege der Reichsgesetzgebung

eine die Einrichtung des Grundbuchs in ihren Einzelheiten regelnde Grundbuchordnung erlassen wird.

Die Stellung des Sachenrechts in dem Systeme des Entwurfs und die hervorgehobenen Hauptprinzipien sind durchaus zu billigen. Ebenso erscheint es gerechtfertigt, daß von der Regelung durch das Gesetzbuch die in der Anmerkung 1 zur Ueberschrift bezeichneten Rechtsmaterien ausgeschlossen sind.

Dem Einführungsgesetz ist vorbehalten, die Stellung des Gesetzbuchs zu diesen Rechtsmaterien und die Zuständigkeit der Landesgesetzgebungen für dieselben zu bestimmen.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

Die allgemeinen Vorschriften haben für das Gesetzbuch den praktischen Zweck, daß sie die Wiederholung von Normen, welche für verschiedene Rechte gelten, bei der Regelung derselben entbehrlich machen.

Für die Erreichung dieses Zwecks wird es zutreffend als genügend bezeichnet, wenn die folgenden Punkte in ihrer allgemeinen Bedeutung näher bestimmt werden:

Der Sachbegriff:

Wie schon bemerkt, sind Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände.

Die Kategorien:

vertretbare, verbrauchbare und unbewegliche Sachen, sowie der Begriff des einheitlichen Grundstücks.

Bestandtheile.

In den §§ 782 bis 785 werden diejenigen Bestandtheile einer Sache, welche von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere Bestandtheil zerstört oder in seinem Wesen verändert wird, als wesentliche Bestandtheile bezeichnet, und werden dazu bei Grundstücken Gebäude und Erzeugnisse gerechnet, die letzteren, so lange sie mit dem Boden zusammen hängen. Es wird bestimmt, daß an solchen Bestandtheilen ein von dem Rechte an der Sache im Ganzen abgesondertes Recht nicht stattfindet. Es würde danach die Veräußerung eines Bestandtheils ausgeschlossen sein; in den §§ 898 bis 902 wird jedoch der Erwerb des Eigenthums an Erzeugnissen und ähnlichen Bestandtheilen der Sache näher behandelt. In den

§§ 901 und 902 wird für die Fälle Bestimmung getroffen, daß der Eigenthümer oder der Nutzungsberechtigte einer Sache einem Anderen gestattet, Erzeugnisse oder andere Bestandtheile derselben sich zuzueignen. Für die Anwendung dieser Vorschriften ist nicht erforderlich, daß zur Zeit der Erklärung des Veräußerers die zu tradirende Sache schon eine selbstständige Existenz hat. Die Vorschriften sollen nach den Motiven nicht blos auf Verträge Platz greifen, durch welche Eigenthum übertragen, sondern auch auf Verträge, in denen Pfand- und Nießbrauchsrechte an den Früchten bestellt werden sollen.

Es erscheint mir geboten zu bestimmen, daß auf solche Verträge die Vorschriften der §§ 901 und 902 entsprechende Anwendung finden, und in dem Einführungsgsgesetze vorzusehen, daß die §§ 714 und 725 der Civ. Proz. Ord., wonach Früchte, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet und versteigert werden können, Geltung behalten.

Zubehör.

Der § 789 enthält den Begriff des Zubehörs.

> „Zubehör einer Sache sind diejenigen beweglichen Sachen, welche, ohne Bestandtheile der Hauptsache zu sein, derselben bleibend zu dienen bestimmt und in ein dieser Bestimmung entsprechendes äußeres Verhältniß zur Hauptsache gebracht sind, es sei denn, daß nach der Verkehrssitte eine solche Sache nicht als Zubehör angesehen wird.“

Der letzte Satz dürfte zu streichen sein. Einmal ist die Verkehrssitte ein viel zu unsicheres Moment, so daß es sich nicht empfiehlt, es ausdrücklich hervorzuheben, andererseits liegt dazu kein Anlaß vor. Wenn die Zubehör-Eigenschaft davon abhängt, ob eine Sache einer anderen bleibend zu dienen bestimmt ist, so wird sich die Beurtheilung dieser Frage, auch ohne daß die Verkehrssitte besonders hervorgehoben wird, nach den Lebens- und Geschäftsgewohnheiten richten. In den Motiven wird für die Anordnung der Ausnahme das Beispiel angezogen, daß Wohnungen ohne Oefen vermiethet, solche vielmehr von den Miethern beschafft werden. Für das Beispiel genügt aber die Definition, denn es ist in dem gesetzten Falle anzunehmen, daß die Oefen nicht bleibend zu dienen bestimmt sind. Die Ausnahme in dem Entwurfe des § 789 ist also überflüssig und harmonirt nicht mit der Definition.

Bei der speziellen Aufführung des Zubehörs eines

Landguts im § 791 Nr. 2 halte ich es aus praktischen Gründen für richtiger, nicht blos den erforderlichen Dünger, sondern den Vorrath an Dünger überhaupt für Zubehör zu erklären.

Endlich meine ich, daß an der Vorschrift im Preuß. A. L. R. I. 2 §§ 60 und 108, daß nur die dem Eigenthümer der Hauptsache gehörigen Sachen Zubehör derselben sein können, festzuhalten ist. Nach den Motiven zum Entwurfe soll nichts entgegenstehen, daß auch ein Anderer als der Eigenthümer die zur Herstellung des Zubehörverhältnisses erforderliche Absicht haben könne. Es läßt sich dies indessen von einem Dritten wohl kaum oder doch nicht anders denken, als daß er dem Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum der zum Zubehör gewidmeten Sache überträgt. Für den wichtigen Fall des äußeren Umfangs der Hypothek ist überdies im § 1067 Nr. 3 vorgeschrieben, daß die Zubehörstücke, welche nicht in das Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks gelangen, von der Haftung ausgeschlossen sind.

Nach § 790 soll das eine Sache betreffende Rechtsgeschäft unter Lebenden sich im Zweifel auch auf das Zubehör derselben erstrecken.

Meines Erachtens sind die Worte „im Zweifel" zu streichen und an deren Stelle zu setzen „Mangels anderer ausdrücklicher Willenserklärung".

In den Motiven wird als Voraussetzung hingestellt, daß derjenige, welcher eine rechtsgeschäftliche Verfügung in Beziehung auf die Sache trifft, unter der Sache zugleich das Zubehör derselben versteht, sofern er nicht seinen Willen dahin zu erkennen giebt, daß das Geschäft sich auf die Sache ohne Zubehör beschränken solle. Die Voraussetzung ist gewiß richtig, und ist deshalb zu verlangen, daß die abweichende Willensäußerung dergestalt deutlich erfolgt, daß kein Zweifel bleibt.

Fruchtvertheilung.

In dem § 794 wird für den Fall, daß die Früchte einer Sache oder eines Rechts bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu beziehen sind, Entscheidung getroffen, nach welchem Maßstabe die Fruchtvertheilung zwischen dem abtretenden und dem antretenden Berechtigten erfolgen soll. Danach würden unter die Bestimmung unter Nr. 3 auch die im § 792 Nr. 2 gedachten Früchte fallen; dem Berechtigten stehen indessen von den

Früchten eines Rechts, soweit dasselbe in dem Gewinne von Erzeugnissen oder anderen Bestandtheilen besteht, die während der Zeit seiner Berechtigung bei bestimmungsmäßiger Nutzung gewonnenen zu (cfr. § 899), und dürfte dementsprechend der § 794 zu ändern sein.

Zweiter Abschnitt.

Besitz und Inhabung.

Sowie der Entwurf nur Eigenthum an Sachen kennt, so ist auch der Besitz auf solche beschränkt. Einen Besitz von Rechten giebt es nach dem Entwurfe nicht, dagegen wird ein Besitzschutz bei Grunddienstbarkeiten und bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nach §§ 979 und 1048 zugelassen.

Die §§ 802 und 805 handeln von dem Erwerb des Besitzes.

Uebergabe durch Anweisung.

Bei dem Besitzerwerb mittelst Uebergabe wird im § 804 die Uebergabe durch Anweisung vorgesehen und für zulässig erklärt, jedoch mit der Einschränkung, daß der Besitz für den Dritten nicht erworben wird, wenn der Inhaber unverzüglich nach dem Empfange der Anweisung gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Dritten der Anweisung widerspricht. Diese Wirkung des Widerspruchs scheint mir zu weit zu gehen. Der Besitz muß dennoch für den Dritten erworben werden, weil der Erwerb von einer Erklärung des Inhabers nicht abhängig ist, und ist dem Widerspruche desselben nur die Wirkung beizulegen, daß seine Rechte durch die Veränderung des Besitzers unberührt bleiben.

Constitutum possessorium.

Gegen die weitere Vorschrift im § 805, daß die Uebergabe auch durch constitutum possessorium bewirkt werden könne, walten meines Erachtens erhebliche Bedenken.

Es besteht zu dieser Art von Uebergabe kein Bedürfniß, weder für die Restitution des Besitzes an den Eigenthümer, noch für das sonstige Verkehrsleben zum Ersatze und als Aequivalent der körperlichen Uebergabe. Erfahrungsmäßig wird von dem constitutum possessorium fast nur Gebrauch gemacht bei den Verträgen, bei welchen zum Nachtheile Dritter der Schein einer Eigenthumsübertragung erregt werden soll.

Nach den Motiven soll zwar im einzelnen Falle besonders sorgfältig geprüft werden, ob jener Schein beabsichtigt oder ob ein Pflichtverhältniß des bisherigen Besitzers ernstlich gewollt ist, und soll der Richter bei Prüfung dieser reinen Thatfrage nicht an die Beweisvorschriften des § 194 gebunden sein. Die Vorschriften im § 194 würden indessen nach ihrer Fassung auf die Frage, ob der erklärte Willen nicht mit dem wirklichen Willen übereinstimmt, Platz greifen, und dürfte sich mithin der Richter an jene Vorschrift gebunden erachten, sofern nicht der § 194, was mir besser erscheint, ganz gestrichen wird. Immer bleibt die Prüfung der Frage sehr zweifelhaft, und bleibt die Gefahr, daß das constitutum zum Nachtheile Dritter dient. Um diese Folge auszuschließen, und da sonst ein Bedürfniß für das constitutum nicht obwaltet, würde ich mich dahin aussprechen, daß die Wirksamkeit zu verneinen ist.

Besitzschutz.

Es folgen die Bestimmungen über den Verlust des Besitzes und über den Besitzschutz.

Hinsichtlich des possessorischen Schutzes ist durchaus zu billigen, daß dem Inhaber gegen die verbotene Eigenmacht das Recht der Vertheidigung und unter besonderen Umständen das Recht der Selbsthilfe zugesprochen wird. Sodann wird ihm, wenn die eigene erlaubte Gewalt nicht angewendet ist, oder nicht zum Ziele geführt hat, der prozessualische Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung oder auf Wiederaufhebung der Störung gewährt.

Sofern die Klage auf Wiedereinräumung der Inhabung gerichtet ist, soll der Beklagte, wie in den Motiven zu § 819 gesagt wird, von der Besitzklage, bis auf seine Haftung für die Kosten des Verfahrens, frei werden, wenn er sich der Inhabung während des Prozesses entäußert. Diese Folge ergiebt sich jedoch meines Erachtens aus der Vorschrift des § 819 und aus dem Wesen der Besitzklage nicht; es müssen vielmehr auf einen solchen Fall die §§ 236 und 238 bezw. 665 der Civ. Proz. Ord. Anwendung finden.

In dem § 821 wird auch dem Besitzer, welcher nicht zugleich der Inhaber ist, die Besitzklage gegeben.

Es können dadurch, daß der Vertreter und der Vertretene denselben Anspruch zu verfolgen berechtigt sind, und daß etwa abweichende Urtheile ergehen, allerdings Komplikationen entstehen; dieselben werden

sich aber durch Anwendung der dem Richter im § 138 der Civ. Proz. Ord. beigelegten Befugniß vermeiden lassen.

Der Besitzer kann die Restitution an den früheren Inhaber geltend machen. Will der letztere jedoch die Inhabung nicht wieder übernehmen, so kann der Besitzer fordern, daß die Inhabung ihm selbst eingeräumt werde. Es möchte bedenklich erscheinen, wie der Besitzer die betreffende Willenserklärung des Inhabers zu erlangen im Stande ist, bezw. wie der Besitzer seinen Klageantrag stellen und durchführen könnte. Das Bedenken erledigt sich, da der Antrag dahin zulässig sein wird, daß die Inhabung an den früheren Inhaber, und wenn dieser die Annahme verweigert, an den klagenden Besitzer restituirt wird.

Die im § 824 festgesetzte Frist von Einem Jahre erachte ich für zu lang, und würde dieselbe nur auf 3 Monate bestimmen.

Dritter Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Der Aufstellung gemeinsamer Normen für das Eigenthum und die begrenzten Rechte an Grundstücken liegen, wie in den Motiven bemerkt wird, die drei Hauptprinzipien zu Grunde:

Das Oeffentlichkeitsprinzip oder der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs; das Eintragungsprinzip, und der Grundsatz, daß bei der Erwerbung durch Rechtsgeschäft der abstrakte Konsens der Betheiligten in Verbindung mit der Eintragung den Rechtsübergang vermittelt (materielles Konsensprinzip oder Prinzip des dinglichen Vertrages).

Die Ordnung der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung von Grundstücken ist einem besonderen Gesetze vorbehalten, und ist gegen die dafür in Aussicht genommenen Bestimmungen nichts zu erinnern. Die Aenderung gegen das für Preußen geltende Gesetz, daß die sonstigen, dem Anspruche des beitreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte, außer Hypotheken und Grundschulden, bestehen bleiben, halte ich für eine entschiedene Verbesserung.

Das Konsens- und Eintragungsprinzip ist im § 828 dahin festgestellt, daß zu den von ihm bezeichneten Rechtsänderungen in der Regel Vertrag und Eintragung erforderlich sind.

Zu billigen sind die Bestimmungen, welche Erklärungen der

Vertrag enthalten muß, und daß die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich ist. Dagegen giebt die Vorschrift, mit welchem Zeitpunkte der dingliche Vertrag für die Vertragschließenden bindend werden soll, zu Bedenken Anlaß.

Zeitpunkt, seit welchem der dingliche Vertrag bindend wird.

Die Vertragschließenden werden mit der Abgabe der Erklärungen vor dem Grundbuchamte als gebunden angesehen. Wenn der Vertrag aber außerhalb des Grundbuchamts geschlossen wird, so soll derselbe erst bindend werden, sobald er von den Vertragschließenden dem Grundbuchamte zur Eintragung eingereicht, oder die bewilligte Eintragung auf den Antrag auch nur eines der Vertragschließenden erfolgt ist. Der Grund für diese Vorschrift, daß sonst die Verfügung über das Eigenthum und andere Rechte an Grundstücken zu sehr erleichtert und die Mobilisirung des Grundbesitzes gefördert werde, ist nicht zutreffend. Für den Vertrag, welcher zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke erforderlich ist, schreibt § 868 speziell vor, daß derselbe vor dem Grundbuchamte geschlossen werden muß. Für diese Kategorien scheidet also jene Frage über den Zeitpunkt der Bindung aus. Die Errichtung des Vertrages vor der Buchbehörde wird durch die Sicherheit, welche damit für das Grundeigenthum gewonnen wird, gerechtfertigt. Im Uebrigen steht sich die Vertragschließung gleich, mag sie vor dem Grundbuchamt erfolgen, oder außerhalb desselben, und bleibt es Sache der Betheiligten, einen Vertrag nicht übereilt und leichtfertig zu schließen. Eine größere Gewähr dagegen bietet der Umstand, daß der Vertrag auch noch zur Eintragung eingereicht ist, jedenfalls nicht, und in der allgemeinen Rechtsüberzeugung besteht ohne Unterscheidung zwischen dem dinglichen und dem obligatorischen Vertrage die Auffassung, daß mit dem Abschlusse des Vertrages das Geschäft perfekt und bindend vollzogen ist.

Dienstbarkeiten.

Die Bestimmung, daß Rechte an Grundstücken nur durch Hinzutritt der Eintragung zu dem dinglichen Vertrage begründet werden, ist im Entwurfe konsequent durchgeführt. In Betreff der recht zweifelhaften Frage, ob die Regel auch auf Dienstbarkeiten Anwendung finden soll, schließe ich mich dem Standpunkt des Entwurfs an.

Zeitpunkt des guten Glaubens.

Nach dem Oeffentlichkeitsprinzipe gilt der Inhalt des Grundbuchs zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers als richtig, und ein aus demselben nicht ersichtliches Veräußerungsverbot nicht vorhanden, sofern kein Widerspruch vorgemerkt ist. Der gute Glauben wird zur Zeit der Eintragung erfordert, die Berufung auf das Grundbuch findet daher nicht statt, wenn die durch dasselbe verdeckte Sachlage dem Erwerber noch vor der Eintragung bekannt geworden ist. Der Erwerber erfährt aber zwischen der Anbringung des Antrages und der Eintragung gar nicht, wann die letztere erfolgt, und er darf annehmen, daß sich dieselbe nicht verzögert. Sollte dennoch eine Verzögerung eintreten, so kann es nicht auf diesen Umstand ankommen, auf welchen der Betheiligte keinen Einfluß hat. Sobald der dingliche Vertrag vollzogen und der begründete Antrag auf Eintragung eingereicht ist, darf der Erwerber, der in gutem Glauben gehandelt und danach das Geschäft eingerichtet hat, dasselbe als abgeschlossen ansehen, und es muß ihm sein guter Glaube zu Statten kommen, um ihn vor unverschuldeten Schaden zu bewahren, selbst wenn ihm nachträglich bis zur Ausführung der nach jenem Zeitpunkte mit Recht beantragten Eintragung Kenntniß von der Unrichtigkeit des Grundbuchs verschafft werden sollte.

Von den sonstigen Vorschriften ist hervorzuheben:

Für den Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs ist kein Unterschied zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb gemacht.

Derjenige, welcher durch die unrichtige Eintragung im Grundbuche beeinträchtigt wird, kann von dem Betheiligten verlangen, daß er die Berichtigung bewillige. Ist schon der Verlust eines Rechts erlitten, so kann die Herausgabe der Bereicherung gefordert werden.

Zur Aenderung der Rangordnung ist erforderlich, daß nicht nur die Betheiligten, sondern auch die zwischen denselben stehenden Berechtigten die Aenderung bewilligen.

Die Zulässigkeit der Vormerkungen ist wesentlich eingeschränkt, dieselben dienen nur dazu, der Annahme, daß das Grundbuch die wirkliche Rechtslage bekunde, zu widersprechen, sie werden allein auf Anordnung und Ersuchen des Gerichts eingetragen.

Die eingetragenen oder vorgemerkten Rechte unterliegen nicht

der Verjährung, mit Ausnahme der Ansprüche auf Schadensersatz und auf Rückstände wiederkehrender Leistungen.

Die Bestimmungen sind sämmtlich klar und korrekt.

Hinsichtlich des Grundbuchs ist blos der eine Wunsch zu bemerken, daß dasselbe mit dem Kataster in solcher Weise verbunden wird, daß aus dem Grundbuche die Bestandtheile des Grundstücks deutlich hervorgehen.

Vierter Abschnitt.

Eigenthum.

In dem ersten Titel wird der wesentliche Inhalt der dem Eigenthümer zustehenden Rechte festgestellt, und es werden diejenigen Beschränkungen bestimmt, welche die in dem Eigenthum liegenden Befugnisse im Interesse des privaten Rechtslebens begrenzen.

Immission.

Zu den Beschränkungen gehören die in den §§ 850 und 856 über die Immission angeordneten.

In Betreff der Flüssigkeiten soll keine, weder direkte noch indirekte Immission erlaubt sein, also auch diejenige nicht, welche mittelbar durch Anlagen irgend welcher Art bewirkt wird. Dagegen wird dem Eigenthümer eines Grundstücks die Beschränkung auferlegt, den in Folge der natürlichen Bodenverhältnisse stattfindenden Wasserabfluß von einem anderen Grundstücke zu dulden; nur wird der Vorbehalt hinzugefügt, daß abweichende Vorschriften der Landesgesetze unberührt bleiben.

Von den Flüssigkeiten werden die sogenannten Imponderabilien unterschieden, Gase, Dämpfe, Rauch, Ruß, Gerüche, Wärme, Erschütterungen und dergleichen. Es wird bestimmt, daß der Eigenthümer eines Grundstücks die Immission dieser Imponderabilien, die nicht durch unmittelbare Zuleitung erfolgt, insoweit zu dulden hat, als solche Einwirkungen entweder die regelmäßige Benutzung des Grundstücks nicht in erheblichem Maße beeinträchtigen, oder die Grenzen der Ortsüblichkeit nicht überschreiten. In den Motiven wird hierzu bemerkt, daß der Eingriff in eingelebte Verhältnisse vermieden werden, und daß als erlaubt gelten soll, was nach Ortsübung ertragen zu werden pflegt. Es dürfte indessen hinsichtlich einer solchen Ortsübung kaum möglich sein, zu erkennen, daß und

wie sich eine solche gebildet hat, und wenn in den Motiven weiter bemerkt wird, daß die Ueblichkeit ein einigermaßen beweglicher Regulator ist, der sich mit den veränderten Verhältnissen selbst verändert, so wird das Kriterium der Ortsübung noch weniger faßbar. Meines Erachtens ist dasselbe daher zu streichen, und halte ich die Grenze der erlaubten Immission, daß die regelmäßige Benutzung des Grundstücks nicht in erheblichem Maße beeinträchtigt wird, für die Sicherung der Interessen beider Theile für ausreichend.

Im § 851 wird für das Verfahren bei der Abmarkung und die Art derselben auf die Landesgesetze und in Ermangelung landesgesetzlicher Vorschriften gleichfalls auf die Ortsüblichkeit verwiesen. Bei diesem Punkte habe ich bezüglich der Verweisung auf die Ortsüblichkeit kein Bedenken, weil dieselbe hierbei leichter und sicherer festzustellen sein wird.

Nothweg.

Von den übrigen Beschränkungen ist noch das Institut des Nothweges zu erwähnen.

Der § 863 schreibt vor, daß, wenn einem Grundstücke die zu seiner bisherigen ordnungsmäßigen Benutzung nothwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt, ohne daß der Nothstand von dem Eigenthümer oder dessen Rechtsvorgänger vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist, die Nachbarn verbunden sind, während der Dauer dieses Zustandes die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung zu dulden, und daß sie dafür Entschädigung in Geldrente erhalten. Die Bestimmung des Weges und der Umfang der Wegebenutzung sollen vom Gericht nach freiem Ermessen bestimmt werden. In dieser Vorschrift halte ich die materiellen Voraussetzungen für den Anspruch auf den Nothweg für gerechtfertigt, die prozessuale Durchführung würde indessen besondere Schwierigkeiten bieten, wenn, wie es häufig vorkommt, mehrere Grundstücke angrenzen und verschiedene Wege über dieselben möglich sind. Sofern der des Weges Benöthigte einen Nachbar in Anspruch nimmt, kann derselbe von der Verpflichtung zur Gestattung des Weges auf Grund des Einwandes entbunden werden, daß ein Anderer weniger belästigt werde, und in dem Prozesse gegen den letzteren könnte gerade das Umgekehrte angenommen werden. Es müßte also der Anspruch gegen alle Nachbarn zugleich auf Feststellung des zweckmäßigen Weges gerichtet werden; dazu paßt aber das ordentliche Prozeßverfahren nicht.

Denn wenn nur dem einen Nachbar die Last zugewiesen und er zur Duldung des Weges verurtheilt wird, so bleibt unlösbar, wie hinsichtlich der übrigen Nachbarn und hinsichtlich der Kosten entschieden werden soll. Die Betheiligten wissen vor dem Verfahren und der Untersuchung in demselben selbst nicht, wer von Mehreren am zweckmäßigsten die Last zu übernehmen hat, und eignet sich deshalb der Prozeß nicht zur Erörterung und Entscheidung jener Frage.

Meines Erachtens ist aus dieser Erwägung die Vorschrift in dem Gesetzbuche wegzulassen, und gemäß § 866 den Landesgesetzen zu überweisen, durch welche dann auch das Verfahren und die Behörde zur Entscheidung über den Anspruch auf den Nothweg zu bestimmen wäre, etwa das Verwaltungsstreitverfahren oder die Regulirung bei den Gemeinheitstheilungsbehörden.

Vertiefen.

Zum § 865 (Vertiefen des Erdbodens) halte ich einen Zusatz für wünschenswerth, daß im Falle sich die nicht vorauszusehende Gefahr später zeigt, der Eigenthümer, welcher die Vertiefung vorgenommen hat, verpflichtet ist, für eine genügende anderweite Befestigung des Nachbargrundstücks zu sorgen.

Zum Sachenrecht des Entwurfs.

Drittes Buch. Vierter Abschnitt.

Titel III und IV.

Von Justizrath **Rieß** in Kassel.

Die nachstehende Beurtheilung beschränkt sich auf einen kleinen Theil des Sachenrechts, auf zwei Titel des vierten Abschnitts mit zusammen 72 Paragraphen.

Wenn sie trotzdem in nicht seltenen Fällen die Grundsätze sowohl wie die Fassung des Entwurfs bemängelt, so wird auch sie dem neuerdings vielfach erhobenen Vorwurf des Fehlens des Sinns für große Gesichtspunkte und wohl auch der Kleinlichkeit begegnen.

Allein die großen Gesichtspunkte glaube ich am besten dadurch zu ehren, daß ich sie in die Besprechung des meiner Beurtheilung unterbreiteten kleinen Bruchtheils nicht weiter hineinziehe, als dessen Inhalt dies mit sich bringt.

Kleinlichkeit aber liegt nicht in jedem Eingehen auf Einzelheiten, welche dem ganzen Entwurf gegenüber zwar klein erscheinen, für die betreffende Rechtsmaterie aber trotzdem vielleicht wichtig und tief einschneidend sind.

Gerade der Praktiker ist meines Erachtens zu d e r Art der Kritik berufen, welche an den Entwurf in seinen einzelnen Bestimmungen den Maßstab der Praxis anlegt und praktisch wichtige Bedenken auch dann hervorhebt, wenn sie theoretisch klein und der Erörterung kaum werth erscheinen.

Denn, so wenig die Kasuistik in dem Entwurfe selbst am Platze sein würde, so unentbehrlich ist sie für die Kritik zur Erprobung des Werths seiner Bestimmungen. Rückhaltlose Einzelkritik aber verträgt

sich sehr wohl mit dem lebhaften und durch Unvollkommenheiten des Entwurfs nicht beirrten Wunsche, ihn — nach Beseitigung mancher, aber gewiß auch trotz Beibehaltung anderer, Schwächen — Gesetz werden zu sehen, damit der Bau der deutschen Rechtseinheit fest und dauernd begründet werde.

Dritter Titel.

Erwerb des Eigenthumes an beweglichen Sachen.

I. Uebertragung durch Rechtsgeschäft.

A. Zu §§ 874—876.

1. Mit erfreulicher Klarheit betont der Entwurf in diesem die Tradition behandelnden Abschnitte deren Wesen als eines dinglichen Vertrages.

Was der Entwurf über Rechtsgeschäfte und insbesondere über Verträge im allgemeinen Theil bestimmt (Buch I Abschnitt 4), leidet damit auf die Tradition ohne Weiteres Anwendung, daneben aber sind ihr die charakteristischen Besonderheiten des dinglichen Vertrages eigen. Sie ist also ein abstrakter Vertrag, welcher die Angabe des Rechtsgrundes nicht erfordert und dessen Wirksamkeit dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war (§ 829, vergleiche § 874 [1] am Ende).

Bei diesem dinglichen Vertrag der Tradition muß „die Willenserklärung der Vertragschließenden" dahin gehen, „daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehen soll". Selbstverständlich und in Uebereinstimmung mit § 72 des Entwurfs kann diese Willenserklärung auch stillschweigend erfolgen, so daß jene Vorschrift nicht ein ausdrückliches Aussprechen derselben erforderlich macht, es vielmehr genügen muß, wenn die beiderseitige Willensübereinstimmung darüber, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehen soll, irgendwie erkennbar wird. Erforderlich ist jedoch dabei, daß der Vertrag „unter Uebergabe der Sache" geschlossen wird.

Die Motive [1]) pag. 334 unter 3 besagen hierzu:

> „Der Entwurf versteht unter Uebergabe der Sache, da als Tradent der Eigenthümer gedacht wird, Besitzübergabe."

[1]) Wo bei Citirung der Motive der Band nicht bezeichnet ist, bezieht sich das Citat stets auf Band III.

Demgemäß hält dann der Entwurf in Absatz 2 für den Fall, wenn der veräußernde Eigenthümer, weil er selbst nicht Besitzer war, den Besitz auch nicht übergeben konnte, die besondere Bestimmung für nöthig:

> „Ist der veräußernde Eigenthümer nicht Besitzer, sondern nur Inhaber der Sache, so wird die Uebergabe der Sache dadurch ersetzt, daß er dem Erwerber die Inhabung einräumt und dieser den Besitz ergreift"

und läßt weiter in Absatz 3:

> „Die Uebergabe der Sache ist nicht erforderlich, wenn der Erwerber sich bei Schließung des Vertrags bereits im Besitze der Sache befindet"

das Erforderniß der Uebergabe der Sache nur dann wegfallen, wenn der Erwerber bereits Besitzer, nicht auch, wenn er nur Inhaber ist.

Die Bestimmung des Absatzes 2 halte ich für unnöthig, die des Absatzes 3 für nicht genügend.

Unter „Uebergabe der Sache" ist bei natürlicher Auslegung dieses Ausdrucks in erster Linie nicht die oft nur durch künstliche Konstruktionen (vergl. §§ 804 und 805) vermittelte Besitzübertragung, sondern die Uebertragung der Sache selbst d. h. der Inhabung der Sache zu verstehen. Auch der Entwurf selbst läßt, indem er in § 803 den Besitz an der Sache „mittels Uebergabe" erworben werden läßt, die Uebergabe der Sache als begrifflich nicht immer mit der Besitzübergabe zusammenfallend, vielmehr nur ein Mittel der Besitzübergabe bildend erkennen. Dazu sagen überdies die Motive pag. 91 ausdrücklich:

> „Der Entwurf redet von der Besitzerwerbung „mittels" Uebergabe und nicht von Besitzerwerbung „durch" Uebergabe der Sache, um nicht dem Ausdruck „Uebergabe der Sache" den engern Sinn beizulegen, daß damit stets der konsensuale Besitzwechsel und nicht etwa auch der konsensuale Inhabungswechsel gemeint sei."

Hiernach würden wir, ohne jene im Eingang erwähnte Stelle der Motive den Ausdruck „Uebergabe der Sache" in § 874 des Entwurfs nicht nur auf die Besitzübertragung sondern ebenso auch auf die Uebertragung der bloßen Inhabung erstrecken können und müssen.

Vergegenwärtigen wir uns nun den Fall (des Absatzes 2), daß der veräußernde Eigenthümer nicht Besitzer, sondern nur Inhaber der Sache ist, so ist es allerdings richtig, daß nach § 813 des Ent-

wurfs, so lange der Inhaber die thatsächliche Gewalt behält, durch seine Handlungen der Besitz dessen, für den er dieselbe seither ausgeübt hat, nur dann beendigt wird, wenn der Inhaber gegenüber dem Besitzer den Willen erklärt, jene thatsächliche Gewalt nicht mehr für ihn ausüben zu wollen. Es kann also der veräußernde Inhaber so lange er selbst Inhaber der Sache bleibt, nicht ohne eine solche Erklärung dem Besitzer gegenüber diesen seines Besitzes verlustig machen. Veräußert aber der Inhaber die Sache und übergiebt dieselbe dem Erwerber, so hört eben damit die thatsächliche Gewalt des seitherigen Inhabers und folgeweise auch der dadurch bedingte Besitz des seitherigen dritten Besitzers auf.

Der Erwerber, welchem die veräußerte Sache übergeben wird, ergreift durch Annahme der Uebergabe selbstverständlich nicht nur die Inhabung, sondern, da er sie ja als die seinige, als durch die Tradition auf ihn zu Eigenthum übergehende, erhalten hat und annimmt, auch den Besitz.

Es ist daher zwar juristisch scharf gedacht, aber praktisch unnöthig und für den Laien unverständlich, für diesen Fall so, wie in Absatz 2 geschieht, noch die Einräumung der Inhabung und das einseitige Ergreifen des Besitzes durch den Erwerber ausdrücklich im Gesetz hervorzuheben.

Die Streichung des Absatzes 2 halte ich für unbedenklich.

Für den anderen Fall, daß der Erwerber zwar nicht den Besitz, wohl aber die Inhabung der Sache bereits hatte, nehmen wir das einfache Beispiel, daß A. ein Buch von dem B. als vermeintlichen Eigenthümer und Besitzer geliehen hat und, während dasselbe noch in seiner Inhabung sich befindet, erfährt, daß nicht B. sondern C. der Eigenthümer ist. A. kauft nun dem C. das Buch ab und bezahlt den Preis. Nach Fassung des Absatzes 3 des Entwurfs liegt hier kein Fall vor, in welchem das Erforderniß der Uebergabe wegfiele; denn A. ist ja nicht Besitzer, sondern nur Inhaber des Buchs gewesen. Trotzdem dürften wir es als zwecklose Weitläufigkeit bezeichnen, wenn man in diesem Falle noch eine besondere Uebergabe für zur Eigenthumsübertragung erforderlich erachten wollte. Allerdings wird nach § 813 in unserm Falle A., trotzdem er mit vollzogenem Kauf auch den Besitzwillen annimmt, d. h. die Sache als die seinige haben will, dadurch allein dem bisherigen Besitzer B., von welchem er das Buch entliehen hatte, seinen Besitz nicht entziehen; aber es ist dazu, um diesen Besitz des B. zu beendigen, nur noch nöthig, daß A. dem B. den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt nunmehr für sich auszu-

üben (§ 813), also ein Akt, dessen Vornahme ganz von dem Belieben des A. abhängt.

Nach dem Ausgeführten würde ich vorziehen, den Absatz 2 des § 874 ganz zu streichen; im Absatz 3 desselben aber hinter die Worte „im Besitz" einzuschalten: „oder in der Inhabung".

2. In § 875 wird bestimmt:

„Ist die nach dem § 874 zur Uebertragung des Eigenthums erforderliche Erklärung des Eigenthümers durch ein Urtheil ersetzt, so gilt die Uebergabe der Sache mit dem Zeitpunkt als bewirkt, in welchem die Sache von dem Gerichtsvollzieher behufs Ablieferung an den Erwerber im Wege der Zwangsvollstreckung weggenommen ist."

Diese Bestimmung soll die Streitfrage, ob der Gerichtsvollzieher, welcher die Sache wegnimmt, als Vertreter seines Auftraggebers anzusehen ist, in Uebereinstimmung mit der Ansicht des Reichsgerichts entscheiden. Die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher bildet einen Ersatz der Uebergabe; hiernach bestimmt sich die Zeit des Eigenthumsübergangs (Motive pag. 340).

Hiermit kann ich mich nur einverstanden erklären, nicht aber mit der Fassung, welche die erste Hälfte des Satzes in § 875 erhalten hat. Danach gilt die Bestimmung des Paragraphen nur für den Fall, daß die Uebertragungserklärung des veräußernden Eigenthümers „durch ein Urtheil ersetzt" ist.

Darüber, daß, wann und wie die Willenserklärung der Partei durch ein Urtheil ersetzt wird, enthält der Entwurf selbst keine Bestimmung; er geht vielmehr hier wie auch bei § 833 davon aus, daß die Bestimmung des § 779 [1] der C. P. O. genüge. In den Motiven zu § 833 (pag. 196 ff.) wird ausgeführt, daß und warum jene Bestimmung der Civilprozeßordnung alle für das Grundbuchrecht (auf welches § 833 sich allein bezieht) in Betracht kommenden Fälle umfaßt. Hier bei § 875 wird die entsprechende Frage in den Motiven nicht noch einmal erörtert.

Nach dem Wortlaut der fraglichen Bestimmung des § 779 C. P. O. „ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat", und nach ihrer Stellung und ihrem Zusammenhang hat sie nur den Fall im Auge, daß der Schuldner geradezu zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt worden ist. Auch die Praxis geht hiervon aus.

Offenbar aber haben die Redaktoren des Entwurfs dessen § 875 eine viel weiter gehende Auslegung zugedacht. Wenn es gestattet ist, über den dessen Fassung zu Grunde liegenden Gedankengang eine Vermuthung zu äußern, so möchte ich glauben, daß ihre Erwägung etwa folgende war: Geht die Klage auf Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache, also auf Bewirkung einer Tradition an den Kläger Seitens des Beklagten, so liegt in der Verurtheilung zu dieser Tradition zugleich die Verurtheilung zu der zum Wesen dieser Tradition gehörenden Willenserklärung des Beklagten, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehen solle.

Von diesem Gesichtspunkt aus wird man geglaubt haben, in jedem Urtheil, welches den Beklagten zur Tradition schuldig spricht, zugleich eine Verurtheilung zur Abgabe der entsprechenden Willenserklärung erblicken zu dürfen.

Sieht man auf die seitherige Praxis und faßt man den Kauf als den am häufigsten der Tradition zu Grunde liegenden Vertrag ins Auge, so war im Gebiet des gemeinen Rechts bei der gegen den Verkäufer gerichteten Klage auf Erfüllung des Verkaufs bis jetzt eine Bitte und ein Urtheil auf Uebertragung des Eigenthums und Abgabe einer hierauf gerichteten Willenserklärung schon deshalb nicht möglich, weil der Verkäufer gemeinrechtlich nicht zur Verschaffung des Eigenthums, sondern nur zur Gewährung des habere licere verpflichtet ist. Allerdings wird dies nach dem Entwurf anders, da § 459 desselben den Verkäufer „verpflichtet, dem Käufer, wenn eine Sache Gegenstand des Kaufs ist, die verkaufte Sache zu übergeben und das Eigenthum an derselben zu verschaffen.“

Er wird also in Zukunft möglich sein, die gegen den Verkäufer gerichtete Klage so zu fassen, daß das darauf ergehende Urtheil geeignet ist, im Sinn des § 779 C. P. O. auch die Traditionserklärung des Veräußerers zu ersetzen; aber Klagbitte und Urtheil der Kaufklage werden durch eine hierauf ausdrücklich sich mit richtende Fassung an Einfachheit nicht gewinnen; ohne dieselbe aber wird die Anwendbarkeit des § 875 mindestens zweifelhaft bleiben.

Es dürfte sich deshalb empfehlen, den Eingang des letzteren weiter zu fassen und etwa zu sagen:

> „Wird die Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen, so gilt die nach § 874 erforderliche Erklärung des Eigenthümers als durch das

rechtskräftige Urtheil ersetzt und die Uebergabe der Sache ꝛc. ꝛc."

Bei dieser Fassung würde der Eingangssatz nicht nur auf die Erfüllungsklage aus einem Spezieskauf passen, sondern auch für den Fall eines Genuskaufs insoweit genügen, als dabei die Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der §§ 769 und 770 C. P. O. zulässig ist. Nach diesen kann die Zwangsvollstreckung durch Wegnahme Seitens des Gerichtsvollziehers auch bei einer Verurtheilung des Schuldners zur Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen insoweit erfolgen, als solche Sachen bei dem Schuldner vorgefunden werden. Allerdings ist nicht zu übersehen, daß hier die Verurtheilung des Schuldners zur Leistung einer solchen Quantität vertretbarer Sachen noch nicht einen Ersatz für die ganze dem Verkäufer obliegende Willenserklärung nach § 874 enthalten kann, weil ja erst in der Zwangsvollstreckung selbst die Quantitäten durch die Wegnahme Seitens des Gerichtsvollziehers ausgeschieden und individualisirt werden. Es wird also hier die Auswahl und die darauf bezügliche Willenserklärung des Veräußernden gewissermaßen auf den Gerichtsvollzieher übertragen.

Trotzdem halte ich auch für diesen Fall die vorgeschlagene Fassung für unbedenklich, ja für nothwendig, wenn man nicht an den §§ 769 und 770 C. P. O. ändern will; denn läßt man einmal die dort vorgeschriebene Wegnahme des zu Leistenden durch den Gerichtsvollzieher beim Genuskauf zu, so versteht es sich von selbst, daß man dem Kläger an demjenigen, was er dadurch erhält, auch Eigenthum gewähren muß; und dies ist, da hier von einer andern Eigenthums-Erwerbsart als durch Uebertragung nicht die Rede sein kann, nur so möglich, daß man auch in diesem Fall die in § 874 als Erforderniß der Tradition hingestellte Willenserklärung des Veräußerers durch das Urtheil ersetzt werden läßt.

3. Schon das seither Bemerkte enthält eine nicht zu verkennende Mahnung, die Tradition nicht allzu formalistisch und in Folge dessen unpraktisch zu gestalten. Die Motive sind in dieser Beziehung ziemlich streng und sehr geneigt, an der starren Konsequenz festzuhalten. So auch, wenn sie sagen (pag. 336 unter 7):

„Die Uebergabe wird als ein nothwendig präsentes Moment des dinglichen Vertrags und nicht etwa als eine Bedingung der Wirksamkeit derselben bestimmt, welche sich auch nach-

träglich erfüllen kann. Vor der Uebergabe liegt deshalb ein bindender dinglicher Vertrag nicht vor."

Dem letzten Satz kann ich zustimmen: ein bindender dinglicher Vertrag mag vor der Uebergabe noch nicht vorliegen, d. h. es mag der Rücktritt oder Widerruf des Veräußerers bis zur Bewirkung der Uebergabe das Zustandekommen und die Bindung des dinglichen Vertrags ausschließen.

Soll aber die Bemerkung, die Uebergabe sei „ein nothwendig präsentes Moment" des dinglichen Vertrags, welches sich nicht nachträglich erfüllen könne, besagen, daß nothwendigerweise die Willenserklärung beider Vertragsschließenden, des Veräußerers und des Erwerbers, frühestens bei der Uebergabe erfolgen könne, so erscheint mir dies bedenklich. Es wird niemals gelingen, der Tradition beweglicher Sachen dieselbe zeitliche Konzentrirung und Einheitlichkeit zu geben, welche der Auflassung eigen ist. Die einzelnen Momente und Faktoren der Tradition werden häufig zeitlich mehr oder weniger aus einander fallen, namentlich dann, wenn die Sache selbst nicht in Besitz und Inhabung des Veräußerers ist. Ich halte es aber auch für ganz unbedenklich, daß, wenn der Veräußernde seine Willenserklärung in klarer und — wenn auch widerruflicher, so doch — an sich rechtlich fortwirkender Weise abgegeben hat, und nun die Uebergabe der Sache erfolgt oder dadurch, daß der Erwerber auf andere Weise in Besitz und Inhabung der Sache kommt, ersetzt wird, nicht eine nochmalige Wiederholung der Veräußerungserklärung verlangt wird, sondern man die Willenserklärung des Erwerbers, die inzwischen übergebene oder auf ihn übergegangene Sache in Gemäßheit jener vorausgegangenen Erklärung des Veräußerers zu Eigenthum von diesem erwerben zu wollen, genügen und durch sie den Eigenthumsübergang vollendet und perfekt werden läßt.

Setzen wir den einfachen Fall: A. verkauft eine an B. geliehene Sache an C. und ertheilt dem B. die in § 804 vorgeschriebene Anweisung, die thatsächliche Gewalt nun für C. auszuüben. B. aber widerspricht. A. erklärt darauf dem C.: „es bleibt bei unserm Vertrag, die Sache gehört Ihnen; ich werde den B. zur Herausgabe schon zwingen". Andern Tags hat B. sich eines Bessern besonnen und schickt die Sache dem C. Dieser nimmt sie an. Soll er nicht schon im Moment dieser Annahme Eigenthümer werden? Soll erst eine nochmalige Erklärung des A. erfordert werden? Vom praktischen Standpunkt aus gewiß nicht.

Die Motive selbst gehen, obwohl eine laxe Auffassung der Tradition ihnen — hier wenigstens — fremd ist, doch auch ihrerseits davon aus (pag. 337) „daß auch bei der Traditionsofferte der Tradent sich durch Einräumung der Inhabung der zu tradirenden Sache dinglich binden und die stillschweigende Annahme dem andern Theil freigeben könne."

Ist dies aber möglich, so ist der Schritt zu meiner weitergehenden Auffassung nicht mehr weit.

An einer anderen Stelle — pag. 368 — bekennen sich die Motive für den dem Fruchterwerb des obligatorisch berechtigten Inhabers zu Grunde liegenden dinglichen Vertrag selbst dazu, daß hier bei der Uebergabe die Vertragserklärung des dem Erwerber die Ergreifung der Inhabung gestattenden Veräußerers nicht mit dieser Ergreifung selbst zeitlich zusammenzufallen brauche; „Es kann sich vielmehr eine Zwischenzeit einschalten, in welcher die Erklärung des Veräußerers, freilich in widerruflicher Weise, fortbesteht."

Und wenn dann weiter (Motive ibid.) zu § 901 Absatz 2 gesagt wird:

> „Für den dinglichen Vertrag wird durch dispositiven Rechtssatz die Besonderheit bestimmt, daß die Ueberlassung der Inhabung der fruchttragenden Sache als eine Vertragsofferte zu behandeln ist, welche weder ausdrücklich noch durch eine gegenüber dem andern Theil abzugebende Willenserklärung angenommen werden muß, sondern auch durch eine stillschweigende nicht dem andern Theile gegenüber abgegebene Willenserklärung angenommen werden kann"

so ist dadurch mit aller nur wünschenswerthen Klarheit jedenfalls so viel anerkannt, daß das, was ich im Auge habe, dem Wesen des dinglichen Vertrags nicht widersprechen kann, da es in § 901 hiernach vom Entwurf selbst vorgeschrieben sein soll.

Man könnte erwägen, ob eine Aenderung des § 874 erforderlich wäre, um einer allzu formalistischen Auslegung desselben vorzubeugen, ob man namentlich, anstatt zu sagen: „unter Uebergabe", lieber die Uebergabe der Sache als koordinirt neben der Willenserklärung der Vertragsschließenden aufführen sollte. Allein es ist zuzugeben, daß die Worte „unter Uebergabe" den regelmäßigen Traditionsfall am besten und korrektesten bezeichnet und daß in den andern Fällen nicht immer im eigentlichen Sinne von einer Uebergabe, sondern oft nur von einem Ersatz derselben die Rede sein kann. Ich würde daher

vorziehen, dem 3. Absatz des § 874 etwa hinzuzufügen: „und wird ersetzt dadurch, daß der Erwerber auf Grund der Willenserklärung des Veräußerers den Besitz oder die Inhabung der Sache auf andere Weise erhält“ [2]) [3]).

4. Die Motive erörtern die Frage der Zulässigkeit einer bedingten Eigenthumstradition, bejahen dieselbe für die Resolutivbedingung, sprechen sich dagegen bezüglich der Suspensivbedingung (pag. 339) so bedenklich aus, daß man als die Ansicht der Redaktoren wohl die Unzulässigkeit derselben unterstellen kann. Praktisch ist die Frage allerdings, wie in den Motiven hervorgehoben wird, insofern von nicht so großer Bedeutung, als ja jede Suspensivbedingung in die Form einer umgekehrten Resolutivbedingung gekleidet werden kann, ohne an dem Resultat sehr viel zu ändern. —

Aber gerade deshalb ist es doch auch vom praktischen Standpunkte aus schwer verständlich, warum die Suspensivbedingung bei der Tradition unzulässig sein soll, wenn man ihren Zweck im Resultat durch eine umgekehrt gefaßte Resolutivbedingung doch erreichen kann.

Die entsprechende Bestimmung des § 870, welche die Auflassung unter Beifügung einer aufschiebenden Bedingung für unwirksam erklärt, hat ihre guten Gründe in den Besonderheiten des Grundbuchrechts. Daß der Entwurf bei der Auflassung die Unzulässigkeit ausdrücklich betont, bei der Tradition aber darüber schweigt, würde ohne die Ausführung der Motive die Auslegung dahin lenken, daß der Entwurf bei der Tradition die Zulässigkeit der Suspensivbedingung annehme; denn andernfalls hätte ja hier die ausdrückliche Ausschließung derselben ebenso nothwendig erscheinen müssen, wie bei der Auflassung.

Die Suspensivbedingung, welche ich hauptsächlich im Auge habe, ist der Eigenthumsvorbehalt beim Verkauf. Kein Praktiker wird leugnen, daß in vielen Fällen derselbe einem ernsten und loyalen Bedürfniß des Verkehrs entspricht [4]).

Den Einwand, daß ein solcher Eigenthumsvorbehalt auszuschließen sei, weil er Verpfändungszwecken diene, lehnen die Motive (pag. 337

---

[2]) Selbstverständlich könnte auch für diese Fälle die Anwendbarkeit des § 877 ausgeschlossen bezw. beschränkt werden.

[3]) Ueber den hierher gehörenden Fall der Abtretung des Eigenthumsanspruchs vergl. unten.

[4]) Man denke z. B. an die Fälle, in welchen Nähmaschinenfabrikanten ihre Maschinen an unbemittelte Näherinnen ohne andere Sicherheit als die des Eigenthumsvorbehalts verkaufen.

letzter Absatz) selbst ab und ebenso das Bedenken, daß überhaupt der Schwebezustand bedingter Eigenthumsverhältnisse nicht zulässig sei (pag. 338). Es ist lediglich Rücksicht der juristischen Konsequenz, welche sie zu der Folgerung führen (pag. 339).

„Eine gegenwärtige Einräumung des Besitzes steht mit der Natur der Suspensivbedingung und mit der Absicht der Betheiligten in einem gewissen Widerspruch."

Dies rein theoretische Bedenken kann ich nicht theilen und ihm Berechtigung für die Praxis nicht zuerkennen.

Einer Aenderung des Entwurfs bedarf es nach dem Obigen nicht, sofern man diesen nur aus sich selbst — nicht aus den Motiven — auslegt.

5. Voll zustimmen kann ich dem § 876 des Entwurfs, welcher die Veräußerung einer Sache, an welcher das Eigenthum dem Veräußerer nicht zusteht, durch die Zustimmung bezw. Genehmigung des dritten Eigenthümers wirksam sein bezw. werden läßt, und weiter die Veräußerung Seitens des Nichteigenthümers nachträglich dann wirksam werden läßt, wenn der Veräußerer das Eigenthum an der Sache erwirbt oder von dem Eigenthümer der Sache (ohne Inventarrecht) beerbt wird.

Vom gemeinrechtlichen Standpunkt aus ist es ein Fortschritt, daß an die Stelle der doch nicht eigentlich als Eigenthum zu bezeichnenden Rechtsstellung des durch die exceptio bezw. replica rei venditae et traditae Geschützten nunmehr zweifellos volles Eigenthum tritt. Wenn in dem letzten Satz des § 876 von mehreren Veräußerungen an verschiedene Personen die frühere für wirksam erklärt wird, so ist dabei wohl als selbstverständlich vorausgesetzt:

a) daß beide Veräußerungen von dem Nichteigenthümer vor dem Eigenthumserwerb ausgegangen sind; denn wenn in dem Fall der Beerbung des Veräußerers durch den Eigenthümer der Sache der Letztere bereits vor dieser Beerbung aber nach der Veräußerung durch den Nichteigenthümer die Sache seinerseits veräußert und übergeben hatte, so hatte er ja damit auf den dritten Erwerber Eigenthum übertragen, welches unmöglich nachträglich hinfällig werden kann;

b) daß die Veräußerung den Erfordernissen des § 874 entspreche, also unter Uebergabe der Sache erfolgt sei.

Obwohl der Ausdruck „Veräußerung" nirgends im Entwurf ausdrücklich definirt wird, wird man hierüber doch nicht im Zweifel sein können.

B. Der Erwerb in gutem Glauben.

§§ 877 ff.

1. Hier enthält der Entwurf wesentliche und tief einschneidende Abänderungen des bestehenden Rechts, aber erfreulicher Weise Abänderungen, welche als Fortschritte und Verbesserungen bezeichnet werden dürfen.

Während das gemeine Recht (abgesehen vom Handelsrecht), festhaltend an dem Satze nemo plus juris transferre potest quam ipse habet, das Eigenthum des Veräußerers zur unerläßlichen Bedingung für das Eigenthum des Erwerbers macht und auch das preußische Recht dem gutgläubig vom Nichteigenthümer Erwerbenden regelmäßig nur einen Lösungsanspruch, nicht das Eigenthum selbst zuspricht, stellt sich der Entwurf dem auf dem XV. Deutschen Juristentage ausgesprochenen Wunsche entsprechend auf den Standpunkt, daß die seither auf dem Gebiete des Handelsrechts geltenden und bewährten Grundsätze über das Eigenthum gutgläubiger Erwerber nunmehr auch für das bürgerliche Recht angenommen und zu Grunde gelegt werden sollen.

Es ist hier nicht der Ort, die Frage nach der Berechtigung dieses Standpunktes eingehend zu prüfen; es mag auf die Ausführungen der Motive über das seitherige Recht und die Grundsätze des Entwurfs (pag. 341 ff.) verwiesen werden. Nach meinen eigenen in der Praxis gewonnenen Erfahrungen und Anschauungen kann ich meinerseits dem Prinzip, zu welchem der Entwurf sich bekennt, nur rückhaltlosen Beifall schenken und ebenso auch den Ausführungen, welche dieses Prinzip in den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs enthält. Der grundlegende Gesichtspunkt wird in § 877 mit voller Klarheit dahin ausgesprochen:

> „Wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer der Sache war, der Erwerber aber diesen Umstand bei dem sich vollziehenden Erwerbe nicht gekannt, seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat, so erlangt der Erwerber durch den in § 874 bezeichneten Vertrag das Eigenthum."

Mit Recht wird:

a) der gute Glaube des Erwerbers dahin charakterisirt, daß er nicht gewußt, der Veräußerer sei nicht Eigenthümer der Sache. Anderer Irrthum, z. B. über die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers, wird dem nicht gleich gestellt und findet keine Berücksichtigung.

b) der Erwerber dann nicht geschützt, wenn seine Unkenntniß auf grober Fahrlässigkeit beruht. Doch kommt hier, wie zu a, nur der Zeitpunkt des Erwerbs selbst in Frage, während, nachdem der Erwerb einmal ohne grobe Fahrlässigkeit in gutem Glauben sich vollzogen hat und der Erwerber also Eigenthümer geworden ist, eine mala fides superveniens selbstverständlich nicht nachträglich ihn seines Eigenthums wieder verlustig machen kann.

Was die Beweislast des gutgläubigen Erwerbers betrifft, so hat dieser nach der zutreffenden Ausführung der Motive pag. 346 „bei Geltendmachung seines Eigenthums die negative Thatsache der Abwesenheit eines bösen Glaubens zu behaupten, näher zu begründen und zu beweisen.“ Grundlage des guten Glaubens ist der in der Uebergabe hervorgetretene Besitzstand bezw. die Inhabung des Veräußerers, welcher dem Erwerber die Annahme nahe legt, daß derselbe auch Eigenthümer der Sache sei. „Um deßwillen wird aber durch die Uebergabe allein noch nicht dargethan, daß der Erwerber wirklich an die Richtigkeit jener Annahme geglaubt hat und ohne grobe Fahrlässigkeit hat glauben dürfen. Gerade dieser subjektive Glaube soll nach dem Entwurf Voraussetzung für den Eintritt der Rechtsnorm sein und die objektive Wahrscheinlichkeit, daß der Besitzstand dem Rechte entsprochen habe, soll nicht genügen, weil nur unter jener Voraussetzung die anomale Begünstigung des Erwerbers gerechtfertigt erscheint.“ Regelmäßig wird daher zum Nachweis des guten Glaubens Darlegung der den dinglichen Vertrag der Tradition begleitenden Umstände und insbesondere der obligatorischen causa desselben verlangt. Obwohl der freien Beweiswürdigung keine Schranken gezogen sind, meinen die Motive (pag. 347) doch: „von selbst versteht sich, daß, wenn beim Beweis des thatsächlichen Vorgangs der Uebergabe und der begleitenden Umstände sich nichts ergiebt, was auf eine mala fides hindeutet, die bona fides als erwiesen anzusehen ist.“ Man wird hiernach nicht sagen können, daß dem gutgläubigen Erwerber nach der einen Seite zu wenig oder nach der andern zu viel nachzuweisen auferlegt werde.

Wie in dem Handelsgesetzbuch (dessen Bestimmungen, wie sie durch die Auslegung der Praxis ergänzt sind, der Entwurf möglichst zu folgen sich bestrebt), die Vorschrift zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers nur Platz greift, wenn die betreffenden Sachen „veräußert und übergeben worden sind,“ so läßt auch der Entwurf den anomalen

Eigenthumserwerb des § 877 an den gutgläubigen Erwerb mittels Tradition nur dann sich anknüpfen, wenn der Erwerb unter Uebergabe der Sache sich vollzogen, auch die Uebergabe nicht auf ein in den äußern Inhabungsverhältnissen nichts änderndes constitutum possessorium sich beschränkt hat. Vorausgesetzt wird also, daß entweder der Veräußerer selbst die Inhabung hatte und sie auf den Erwerber überträgt, oder, wenn ein Dritter für ihn die Sache inne hatte, die Uebergabe in Gemäßheit des § 804 durch widerspruchslose Ueberweisung gegenüber dem Inhaber erfolgt ist. In diesem letztern Fall des § 804 liegt in dem in andern Beziehungen allerdings recht bedenklichen Widerspruchsrecht des dritten Inhabers[5]) gegenüber der Vorschrift des § 877 ein nicht gering zu achtender Schutz; und jedenfalls wird man sich damit nur einverstanden erklären können, wenn die Begünstigung des gutgläubigen Erwerbers durch Zuschreibung des Eigenthums, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war, in Beziehung auf das formale Element, welches die Uebergabe der Sache in dem dinglichen Vertrag der Tradition darstellt, an besonders strenge Regeln und an äußerlich auch für Dritte erkennbare Uebergabeakte geknüpft wird[6]).

Dem Handelsgesetzbuch weiter folgend, ist sich der Entwurf bewußt, daß der alte deutsche Satz „Hand wahre Hand" nur für solche Fälle bestimmt und berechtigt war, in welchen der Eigenthümer die Sache mit seinem Willen aus seiner Hand entlassen hatte und deshalb, wenn der Dritte, dem er sie zur Inhabung anvertraute, sie nicht genügend wahrte, sich nicht beklagen konnte, sondern den Einwand sich gefallen lassen mußte, er habe den Schaden sich selbst zuzuschreiben.

Er schließt deshalb die gestohlenen und gefundenen Sachen, welche auch das Handelsgesetzbuch ausnimmt, von dem Eigenthumserwerb des gutgläubigen Erwerbers nach § 877 aus und fügt in richtiger Erkenntniß, daß die gestohlenen und gefundenen Sachen doch nur die gewöhnlichsten aber nicht die ausschließlichen Kategorien der ohne den Willen des Eigenthümers aus dessen Inhabung gekommenen Sachen sind, die „in anderer Weise" abhanden gekommenen Sachen hinzu.

---

[5]) Vergl. Bähr in der Kritischen Vierteljahrschrift N. F. XI pag. 498 ff.

[6]) Obwohl bei beweglichen Sachen von einer „Publizität" der oft unter vier Augen sich vollziehenden und für Dritte geheim bleibenden Uebertragungsakte überhaupt doch nur theilweise die Rede sein kann.

Aber auch Artikel 307 des H. G. B., welcher bei Papieren auf den Inhaber den gutgläubigen Erwerber auch dann Eigenthümer werden läßt, wenn diese Papiere gestohlen oder verloren waren, findet im Entwurf Aufnahme und zugleich eine den Bestimmungen des preußischen Rechts entsprechende Ausdehnung, indem der Schluß des § 879 bestimmt, daß, wenn „Geld oder ein Inhaberpapier veräußert oder die Veräußerung einer andern Sache mittels öffentlicher Versteigerung durch einen zuständigen Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befähigten sonstigen Beamten oder öffentlich angestellten Auktionator bewirkt ist," der gutgläubige Erwerber auch dann Eigenthümer werden soll, wenn die veräußerte Sache gestohlen, verloren oder in anderer Weise dem Eigenthümer abhanden gekommen war.

Die Beibehaltung dieser Ausnahmebestimmung betreffs der Inhaberpapiere verstand sich beinahe von selbst; aber auch die Ausdehnung auf Geld und auf Erwerb in öffentlicher Versteigerung ist zu billigen. In dem Gebiete des gemeinen Rechts wenigstens hatte, wer in einer öffentlichen Auktion, selbst wenn sie im Zwangsvollstreckungsverfahren von dem Gerichtsvollzieher abgehalten wurde, eine Sache ersteigerte und bezahlte, bis jetzt keinerlei Schutz gegen etwaige Eigenthumsansprüche dritter Personen.

2. Habe ich soweit meine Zustimmung zu den Neuerungen der §§ 877 ff. ausgesprochen, so werden mir nunmehr auch wenige kritische Bemerkungen dazu gestattet sein:

Ein sachliches Bedenken habe ich dagegen, daß der Entwurf nicht unterscheidet zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb[7]).

Meines Erachtens sind die Begünstigungen, welche er dem gutgläubigen Erwerber zu Theil werden läßt, ebenso gerecht für den entgeltlichen, wie ungerecht für den unentgeltlichen Erwerb. Nehmen wir zunächst den Fall:

A. hat sein Vermögen und namentlich seine Inhaberpapiere bei B. deponirt. B., der Inhaber, schenkt einen Theil der Werthpapiere an C. C. ist dabei vollkommen in gutem Glauben. Er steht zu B. in einem Verhältniß, welches ein von diesem kommendes Geschenk nicht auffällig erscheinen läßt; und B. hat ihm glaubhaft erzählt,

---

[7]) Dasselbe Bedenken äußert auch Bolze im civilistischem Archiv Bd. 74 pag. 101 ff.

Diese Abhandlung kam mir erst nach Fertigstellung meiner Arbeit zu und konnte daher nur noch in Anmerkungen nachträglich erwähnt werden.

daß er einen Lotteriegewinn gemacht, oder eine Erbschaft erhalten, oder auf sonstige Weise Vermögen erlangt habe. A. erfährt das Vorgefallene. Nach dem Entwurf hat er kein Recht von B., welcher als gutgläubiger Erwerber bedingungslos Eigenthümer der Inhaberpapiere geworden ist, diese zurückzufordern. C. behält also das ihm ohne Rechtsanspruch Geschenkte zum direkten Schaden des A. — Daß diese Konsequenz praktisch mehr als hart und ungerecht ist, leuchtet ein.

Nach dem Entwurf aber ist sie unabweisbar; denn auch die Schenkung ist eine Veräußerung (vergl. § 441)[8]).

In den Motiven ist auffälliger Weise der Frage einer andern Behandlung des unentgeltlichen Erwerbs mit keinem Wort auch nur Erwähnung gethan. Anscheinend glaubte man, auch darin dem Beispiel des Handelsgesetzbuchs zu folgen, da dieses in Artikel 306 nicht ausdrücklich von entgeltlichem Erwerb redet. Bedenkt man aber, daß dieser Artikel 306 von Waaren oder andern beweglichen Sachen redet, welche „von dem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräußert und übergeben worden sind", so kann man, da schenkweises Hingeben im Handelsbetriebe eines Kaufmanns nicht vorzukommen pflegt[9]), nicht zweifeln, daß in Wirklichkeit Artikel 306 H. G. B. nur entgeltlichen Erwerb im Auge hat. Richtig ist freilich, daß Artikel 307 H. G. B. für Inhaberpapiere das, was ich jetzt als bedenkliche Konsequenz des Entwurfs hervorgehoben habe, bereits vorgeschrieben hat, daß dies also für Inhaberpapiere schon jetzt geltendes deutsches Recht, und zwar nicht nur für den Handelsverkehr, bildet.

Allein wenn bei der Abfassung des Handelsgesetzbuchs an unentgeltliche Veräußerung verzeihlicherweise nicht gedacht wurde, so liegt kein Grund vor, den Fehler, welcher damals durch die zu weite Fassung des Artikels 307 begangen ist, jetzt beizubehalten.

Mein Bedenken bezieht sich aber keineswegs nur auf die Inhaberpapiere, sondern auf alle Fälle des § 877.

Auch, wenn A. ein Buch, das er von B. geliehen erhalten, an C. verschenkt und tradirt, ist es ungerecht, daß B. dadurch das Eigenthum des Buches verloren haben soll. Sein Ersatzanspruch gegen den Schenker aus § 880 hebt diese Unbilligkeit nicht auf.

---

[8]) Und für eine vollzogene Schenkung hebt der Entwurf auch die seitherige Formvorschrift für große Schenkungen auf.

[9]) So auch Bolze a. a. O. pag. 101.

Wenn man § 877 als eine anomale Bestimmung zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers auffaßt, welche darin ihren Grund finde, daß an dem Irrthum des Erwerbers über das Eigenthum des Veräußerers in der Regel der Eigenthümer in höherm Grade Schuld trage, als der Erwerber, und deshalb es der Billigkeit mehr entsprechend sei, den Nachtheil von dem Ersteren tragen zu lassen (Motive pag. 344), so müssen solche Billigkeitsrücksichten schweigen, wenn dem bei Anwendung des § 877 um den Sachwerth geschädigten Eigenthümer ein zwar gutgläubiger aber durch die Sache ohne Entgelt bereicherter Erwerber gegenübersteht. Die Billigkeit spricht dann für den Eigenthümer.

Wer ohne Entgelt die Sache erworben hat, mag, wenn dem Schenker Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, aus § 442 an diesen sich halten, anderenfalls aber den Verlust geschenkten Gutes leichter und billiger tragen, als der Eigenthümer den Verlust seines Eigenthums.

3. Weitere Bedenken, welche ich äußern möchte, sind folgende:

a) Der Schluß des Absatz 1 des § 877 lautet:

„Die Kenntniß und die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts stehen, wenn die Anfechtung erfolgt, der Kenntniß und der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß der mit der Anfechtung eingetretenen rechtlichen Wirkungen gleich."

Die Motive verweisen auf die analogen Bestimmungen für das Grundbuchrecht in § 837. Bei der Begründung dieser letztern aber wird (pag. 221) nur darauf hingewiesen, daß ein Geschäft, wenn es später angefochten wird, nach § 112 als von Anfang an nichtig gelten soll, sofern das Gesetz nicht geringere Wirkungen der Anfechtung bestimmt. „Kennt daher der Erwerber die Nichtigkeit, so müssen auch die mittels Anfechtung eintretenden rechtlichen Wirkungen als schon zu jener Zeit ihm bekannt gewesen angesehen werden."

Hiergegen und gegen die Bestimmung jenes Satzes an sich habe ich nichts einzuwenden, halte dieselbe vielmehr für gerecht. Für unrichtig aber halte ich die Stellung, welche der Entwurf der Bestimmung anweist:

„So lange nicht angefochten ist, besteht das Rechtsgeschäft. Erfolgt die Anfechtung, so wird das Rechtsgeschäft hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als wenn es nicht vorgenommen wäre. Der frühere Zustand

wird alsdann von Rechtswegen hergestellt", so besagen die Motive Bd. I pag. 219.

Ist also das Rechtsgeschäft, welches das Eigenthum des Veräußerers begründet hat, anfechtbar im Sinne des § 112, so ist trotzdem so lange, bis die Anfechtung nicht erfolgt, der Veräußerer Eigenthümer der Sache. Jener Satz 2 des § 877 steht also insofern nicht am richtigen Platz, als streng genommen er sich nicht auf einen Fall bezieht, in welchem „der Veräußerer nicht Eigenthümer der Sache war".

Korrekt würde die Bestimmung als besonderer Paragraph dem § 877 nachfolgen und etwa folgende Fassung haben müssen:

„War das den Eigenthumserwerb des Veräußerers begründende Rechtsgeschäft anfechtbar, so findet, im Fall die Anfechtung nach der Veräußerung erfolgt, die Bestimmung des vorigen Paragraphen dergestalt entsprechende Anwendung, daß die Kenntniß und die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts der Kenntniß und der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntniß der mit der Anfechtung eingetretenen rechtlichen Wirkungen gleichsteht."

Dabei sei bemerkt, daß § 112 sich zwar an sich nicht auf die Bestimmungen der Konkursordnung und des jetzt geltenden Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 bezieht, die von diesem behandelten Rechtsgebiete vielmehr nicht in den Bereich des Entwurfs fallen sollen (Motive I pag. 218 am Ende). Doch ist dies deshalb für unsere Frage praktisch ohne Bedeutung, weil ja dem § 30 der Konkursordnung, wie dem § 7 des Anfechtungsgesetzes eben die Auffassung zu Grunde liegt, daß das angefochtene Rechtsgeschäft — im Falle des § 30 im vollen Umfange, im Falle des § 7 nur dem anfechtenden Gläubiger gegenüber — so angesehen werden soll, als ob es nicht vorgenommen worden wäre, so daß unsere Bestimmung im vollen Umfang darauf Anwendung leiden wird.

Sehr nahe liegt die Frage, warum der Entwurf nicht auch eine gleiche Bestimmung, wie für den Fall der Anfechtbarkeit, auch für den eines unter auflösender Bedingung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts für erforderlich gehalten hat. Nach § 129 soll ja mit Erfüllung der Resolutivbedingung das Rechtsgeschäft, welchem dieselbe beigefügt ist, dergestalt endigen: „daß der frühere Zustand von Rechtswegen wieder

hergestellt werde", also ohne daß es noch einer Rückübertragung der durch das Rechtsgeschäft begründeten Rechte bedarf. Hiernach liegt die Analogie mit dem Fall der Anfechtbarkeit auf der Hand. Der Entwurf aber hat für die auflösende Bedingung bereits am Schluß des § 135 durch die Bestimmung Vorsorge getroffen, „die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung."

Durch diese Bestimmung wird dem § 877 auch für den Fall entsprechende Anwendung gesichert, daß das den Eigenthumserwerb des Veräußerers begründende Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen war, welche nach der Veräußerung erfüllt wird [10]).

Warum der Entwurf, wenn er bei der auflösenden Bedingung im allgemeinen Theil den Schlußsatz des § 135 für angemessen erachtet, nicht auch für den Fall der Anfechtbarkeit dem § 112 einen entsprechenden Zusatz gegeben hat, ist nicht ersichtlich. Gleichmäßige Behandlung beider Fälle wäre am Platz, nebensächlich ist alsdann, für welchen von beiden Wegen man sich entscheidet.

b) In § 879 ist der Ausdruck „ohne den Willen des Eigenthümers **oder** desjenigen, welcher sie für denselben inne hatte, aus **deren** Inhabung gekommen ist" ungenau. Aus der alternativen Fassung könnte man folgern, daß auch dann, wenn nicht der Eigenthümer selbst, sondern ein Dritter für ihn die Inhabung hatte, es auch auf den Willen des Eigenthümers und nicht vielmehr **nur auf den des Inhabers** ankomme. Nach den Motiven kann nicht zweifelhaft sein, daß dies nicht die Absicht der Bestimmung ist; denn sie sagen (pag. 348): „Die prinzipielle Voraussetzung für die gemachte Ausnahme liegt in dem Verluste der Inhabung ohne den Willen des Inhabers."

Das Wesentliche ist, daß die Sache **aus dem Gewahrsam des Inhabers**, mag dies nun der Eigenthümer oder ein Dritter für ihn sein, **ohne Willen des Inhabers** herausgekommen ist; und dies würde besser ausgedrückt werden durch die Worte:

> „**ohne den Willen des Inhabers aus der Inhabung des Eigenthümers oder desjenigen, welcher sie für denselben inne hat, gekommen ist.**"

---

[10]) Auch bei einem weiteren analogen Fall, der gegen ein **Veräußerungsverbot** verstoßenden Veräußerung, ist im § 107 Absatz 1 a. E. eine ebensolche Vorschrift aufgenommen, wie in § 135.

c) Wenn nach § 878 mit der Erlangung des Eigenthums durch den Erwerber zugleich alle sonst an der Sache bisher begründeten Rechte erlöschen, wenn sie dem Erwerber beim Erwerbe[11]) nicht bekannt gewesen sind, seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat, so darf die Stellung dieses Paragraphen unmittelbar nach dem nur auf die Veräußerung seitens eines Nichteigenthümers sich beziehenden § 877 nicht dazu verführen, auch ihm nur für diesen Fall Bedeutung beizumessen; vielmehr gilt § 878 im vollen Umfang für alle Fälle, in welchen durch die Tradition der Erwerber Eigenthümer der an ihn veräußerten Sache wird.

Der gute Glaube des Erwerbers wird also gegenüber dinglichen Rechten Dritter nicht weniger geschützt als gegenüber dem Eigenthum eines Dritten. Auch § 879, welcher die Ausnahmen von den zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers gegebenen Vorschriften bestimmt, läßt diese Ausnahmen ebenso für den Fall des § 877 Platz greifen.

Wenn die Motive (pag. 348) jedoch sagen:

> „Ist die Sache ohne den Willen des dinglich berechtigten Inhabers an den Eigenthümer zurückgelangt, so wird nicht bezweifelt werden können, daß die Ausnahmsnorm nur dem Inhaber — Pfandgläubiger oder Nießbraucher — zum Vortheil gereichen kann,"

so ist dies wohl unrichtig und widerspricht der Fassung welche § 879 im Entwurf erhalten hat. Denn für gestohlene, verlorene und sonst abhanden gekommene Sachen gilt die Ausnahme der § 879 nur, wenn dieselben ohne den Willen des Eigenthümers oder desjenigen, welcher sie für denselben hatte aus deren Inhabung gekommen sind. Der Nießbraucher (§ 984) und der Faustpfandgläubiger (§ 1153) sind zur Inhabung der Sache berechtigt. Ist dieselbe also in ihrer Inhabung, so sind sie es, welche für den Eigenthümer — wenn auch zu eignem Recht — die thatsächliche Herrschaft über die Sache ausüben. Kommt daher die Sache ohne ihren Willen aus ihrer Inhabung, und wird dann Gegenstand einer Tradition, so ist § 879 zweifellos anwendbar, und zwar nicht nur zu Gunsten des Nießbrauchers bezw. Faustpfandgläubigers, sondern zugleich auch zu Gunsten des Eigenthümers, welcher ja die Inhabung durch jene ausübte.

[11]) Zur Bezeichnung des maßgebenden Zeitpunktes heißt es im § 877 „bei dem sich vollziehenden Erwerbe," in § 878 einfach „bei dem Erwerbe." Die Verschiedenheit des Ausdrucks ist wohl unabsichtlich; mir scheint der kürzere Ausdruck vorzuziehen.

Wenn jedoch, wie die Motive in jenem Satze unterstellen, die Sache ohne den Willen des dinglich berechtigten Inhabers an den Eigenthümer zurückgelangt und somit in dessen Hand Eigenthum, Besitz und Inhabung vereinigt sind, so kann von da an unmöglich die Sache als eine solche betrachtet werden, für welche bei Weiterveräußerung die Ausnahmebestimmung des § 879 gelten soll. Wenn nach dem Zeitpunkt jener Vereinigung der Eigenthümer, Besitzer und Inhaber in einer Person die Sache veräußert und tradirt, so kann das, was vorausgegangen, die Sache nicht mehr als eine „abhanden gekommene" unter die Ausnahmebestimmung fallen lassen.

Die Fassung des § 879, welcher lediglich den Eigenthümer und denjenigen welcher für denselben die Sache inne hatte, erwähnt und ausschließlich den Fall, wenn die Sache ohne deren Willen abhanden kommt, ins Auge faßt, kann nicht so verstanden werden, wie die Motive es meinen.

Wer von dem Eigenthümer die in dessen Besitz und Inhabung befindliche Sache tradirt erhält, muß vor der Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung gesichert sein.

Auch hier halte ich eine Aenderung des Entwurfs nicht für nöthig, da ich den Entwurf selbst über die Motive stelle. Sollte aber wirklich in jenem Falle die betreffende Sache als eine gestohlene 2c. im Sinne des § 879 gesehen werden können, so würde durch unzweideutige Fassung das auszuschließen sein, was die Motive als Sinn des Entwurfs hinstellen[12]).

5. Um die Beeinträchtigung, welche der wirkliche Eigenthümer oder dinglich Berechtigte durch die den gutgläubigen Erwerb von einem Nichteigenthümer begünstigenden Bestimmungen der §§ 877—879 erleidet, nicht ohne Ausgleich zu lassen, bestimmt § 880:

> „Wer in Gemäßheit der §§ 877 bis 879 den Verlust eines Rechtes erleidet, kann von demjenigen, welcher unberechtigt verfügt hat, die Herausgabe der dadurch erlangten Bereicherung fordern. Die Vorschriften des § 748 [3] finden Anwendung."

Weiter gehende Schadensersatzansprüche, falls eine unerlaubte Handlung vorliegt, werden von dieser Bestimmung nicht berührt.

---

[12]) Redaktionelles Bedenken erregt der zweite Satz des § 879. Daß die Ausnahmebestimmung für Geld, Inhaberpapiere und versteigerte Sachen nur in einem nachschleppenden Nebensatz Platz findet, entspricht durchaus nicht der eminenten Wichtigkeit derselben.

Sie verpflichtet einfach denjenigen „welcher unberechtigt verfügt hat,“ also dessen Verfügung objektiv unberechtigt war, einerlei ob er dies wußte bezw. wissen mußte oder nicht; und sie verpflichtet denselben zur Herausgabe „der dadurch erlangten Bereicherung“ also der durch die unberechtigte Verfügung erlangten Bereicherung. Auf den gewöhnlichen Fall des Kaufs angewendet heißt das: wer, ohne Eigenthümer einer Sache zu sein, diese verkauft und tradirt, hat, wenn in Gemäßheit der § 877 ff. der Erwerber Eigenthümer wird, also damit das seitherige Eigenthum erlischt, dem seitherigen Eigenthümer den Kaufpreis herauszugeben. „Die Bereicherung“ ist herauszugeben, also nicht etwa nur der Werth der Sache zu erstatten. Und zwar mit Recht, denn, wenn der unberechtigte Veräußerer einen Preis erzielt, welcher den objektiven Werth der Sache übersteigt, so ist kein Grund, ihm diesen Ueberschuß zu belassen, zumal vielleicht ein gleich günstiger Verkauf auch dem wirklichen Eigenthümer möglich gewesen wäre.

Auch auf die subjektive Seite, also darauf, ob der unberechtigt Verfügende ohne Fahrlässsgkeit in gutem Glauben handelt, ist mit Recht kein Gewicht gelegt. So gut der Veräußerer vor der Veräußerung die Sache infolge einer gegen ihn angestellten Eigenthumsklage ohne Entgelt und Lösungsanspruch hätte herausgeben müssen, ebensogut muß er zur Herausgabe des Erlöses verpflichtet sein; denn es liegt kein Grund vor ihn infolge der von ihm bewirkten Veräußerung besser zu stellen, als vorher. Deshalb ist auch die meines Erachtens in der Fassung des Entwurfs liegende Konsequenz berechtigt, daß der Veräußerer in dem unterstellten Fall den gesammten Kaufpreis herauszugeben hat und daran nicht etwa kürzen darf, was er selbst für die Sache zahlte; denn auch hierzu würde er ja vorher gegenüber der Vindikation des Eigenthümers nicht berechtigt gewesen sein.

Zu einem Zweifel könnte die Bestimmung des § 880 Anlaß bieten, soweit sie nicht auf das Eigenthum, sondern auf andere an der Sache bisher begründete dingliche Rechte (welche nach § 878 bezw. 879 gleichfalls erlöschen) bezieht.

Der Entwurf sagt einfach: wer den Verlust „eines Rechts“ erleidet, kann die Bereicherung fordern. Soll nun der Nießbraucher oder Faustpfandgläubiger auch seinerseits trotz seines nur beschränkten Rechts die volle Bereicherung, also den vollen, von dem Nichteigenthümer erlösten Kaufpreis herausverlangen können? Ich

glaube: ja. Denn andernfalls hätte es einer den Anspruch des dritten dinglich Berechtigten auf ein geringeres Maß beschränkenden Fassung des Paragraphen bedurft.

Dabei verstehe ich den Sinn des § 880 dahin, daß, wenn Nießbraucher oder Faustpfandgläubiger die Bereicherung in Folge desselben verlangen, ihnen daran auch nur dasselbe Recht, wie bisher an der Sache selbst, zustehen soll[13]).

Kann es sich aber schon hierbei fragen, ob nicht eine besondere dies klarstellende Bestimmung aufzunehmen gewesen wäre, so ist dies noch mehr der Fall bezüglich der Frage, ob und wie weit der in Gemäßheit des § 880 die Bereicherung herausgebende Veräußerer seinerseits auf seinen Vormann zurückgreifen kann. Hier kommen §§ 370 ff. über Gewährleistung des Veräußerers in Betracht. Nach § 377 steht ein Rechtsanspruch wegen Entwährung dem Erwerber gegen den Veräußerer nur dann zu, wenn das dieselbe herbeiführende Recht des Dritten „mit Erfolg geltend gemacht" ist. Was hierunter zu verstehen ist, besagt § 375 letzter Absatz speziell für unsern Fall:

„Ist jedoch bei dem die Veräußerung einer Sache betreffenden Vertrage die Verwirklichung des Rechts des Dritten von der Herausgabe der Sache abhängig, so ist das Recht des Dritten erst dann als mit Erfolg geltend gemacht anzusehen, wenn die Sache dem Dritten herausgegeben ist."

Aus den letzten Worten könnte man folgern, daß nur dann und erst dann, wenn die Sache selbst dem Dritten herausgegeben wäre, der etwaige Anspruch begründet sein solle.

Es fragt sich daher, ob nicht jenem § 375 im Hinblick auf unsern Fall eine etwas andere Fassung zu geben sein wird.

6. Hier wird sich am einfachsten die Erörterung des Lösungsanspruchs anschließen, welchen der Entwurf in beschränktem Umfang dem gutgläubigen Erwerber, welcher nicht Eigenthümer wird, gewährt, obwohl der Entwurf selbst jene Erstattung in dem vierten Abschnitt in § 939 und § 940 behandelt.

Für die meisten Fälle, für welche die neuern Gesetzgebungen und insbesondere das Preußische Landrecht, einen Lösungsanspruch des gutgläubigen Erwerbers kennen, wird derselbe nach dem Entwurf schon dadurch gegenstandslos, daß von ihm in den meisten dieser Fälle

[13]) Aehnliche Fälle s. § 1002 und § 1157.

das Eigenthum des gutgläubigen Erwerbers anerkannt wird. Raum für einen Lösungsanspruch bleibt nur für die in § 879 bestimmten Ausnahmefälle von dieser Regel. Von diesen Ausnahmefällen aber schließt der Entwurf die Fälle des ersten Satzes des § 879 von dem Rechte eines Lösungsanspruches aus und gewährt denselben lediglich für den Fall des zweiten Absatzes desselben. Also nur demjenigen gutgläubigen Erwerber, welcher allein deshalb nicht Eigenthümer geworden ist, weil die ihm tradirte Sache gestohlen, verloren oder sonst ohne den Willen des Eigenthümers oder dessen, der für ihn die Sache inne hatte, aus deren Inhabung gekommen ist, soll nach dem Entwurf der Lösungsanspruch zustehen; d. h. er soll berechtigt sein, von dem die Herausgabe von ihm fordernden Eigenthümer Erstattung dessen zu begehren, was er selbst für den Erwerb der Sache dem Veräußerer geleistet oder noch zu leisten hat.

Die Gewährung eines solchen Lösungsanspruchs beruht auf Billigkeitsrücksichten; es soll einerseits das Recht des Eigenthümers der gestohlenen oder verlorenen Sache festgehalten und andererseits dieser Ausnahmebestimmung ihre schädigende Wirkung „im Wesentlichen" wie die Motive (pag. 418) meinen, genommen werden.

Will man mit dem Entwurf in dem Lösungsanspruch einen billigen Ausgleich der widerstrebenden Interessen finden, so ist jedenfalls dagegen nichts zu erinnern, daß im Fall des Absatz 1 des § 879 jener Anspruch nicht anerkannt und daß er da, wo er Anerkennung findet, auf den Werth der Sache zur Zeit der Herausgabe an den Eigenthümer (und zwar nach Abzug der von dem Eigenthümer zu ersetzenden Verwendungen § 939) beschränkt wird.

Gerade gestohlene und verlorene Sachen, welche objektiv der Eigenthumserlangung des gutgläubigen Erwerbers entzogen sind, können als solche nach einander durch die Hand einer ganzen Reihe von Veräußerern und Erwerbern gehen. Um klar zu stellen, wie weit die Wirkung des Lösungsanspruches sich erstreckt, setzen wir den Fall, daß eine gestohlene goldene Uhr von dem Dieb an den A., von A. an B., von B. an C. verkauft und tradirt wird, jedesmal um den ihrem Werth entsprechenden Kaufpreis von 100 M. Bei C. findet der Eigenthümer seine Uhr und verlangt sie heraus. Würde C. den Lösungsanspruch nicht geltend machen, so würde ihm gegen den Veräußerer B. aus § 377 ein Anspruch auf Ersatz der 100 M. zustehen und ebenso dann wieder dem B. gegen den A., dem A. gegen den Dieb.

Macht C. seinen Lösungsanspruch dem Eigenthümer gegenüber geltend, so muß dieser die Uhr durch Zahlung von 100 M. einlösen. Da § 939 Absatz 3 entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 880 vorschreibt, so hat alsdann der Eigenthümer gegen den B. seinerseits den Anspruch auf Herausgabe der durch die unberechtigte Weiterveräußerung erlangten Bereicherung, d. h. nach dem oben unter 5 Gesagten in unserm Fall auf Zahlung von 100 M. Die Regreßansprüche des B. an den A. und des A. an den Dieb sind dieselben wie ohne Lösungsanspruch. Durch Geltendmachung des letztern tritt also zwischen die Ersatzverbindlichkeit des B. gegenüber dem C. der lösende Eigenthümer. Dies ist nicht unberechtigt, denn gerade in einem solchen Fall, in welchem die gestohlenen Sachen bereits den Besitz einer Reihe von gutgläubigen Erwerbern durchlaufen haben, erscheint es in der That billig, daß der letzte Besitzer sie nicht ohne Erstattung des Werthes herauszugeben braucht.

Der Lösungsanspruch ist ein durch Zurückbehaltungsrecht gesicherter, jedoch auch selbstständig klagbarer Anspruch, bedingt durch die Herausgabe der Sache an den diese zurückverlangenden Eigenthümer. Nach § 939[2] soll er jedoch erlöschen, soweit nicht der Anspruch und dessen Umfang vor oder bei der Uebergabe der Sache dem Eigenthümer angezeigt ist. Der Zweck dieser Vorschrift ist nach den Motiven (pag. 419): zu verhindern, daß der ohne Kenntniß eines solchen Anspruchs die Sache zurückverlangende und zurücknehmende Eigenthümer nicht unbillig einer Lösungsforderung ausgesetzt sein soll, bei deren Kenntniß er vielleicht von der Rückforderung ganz Abstand genommen haben würde.

Ist dieser Gesichtspunkt an sich nicht unrichtig, so ist doch die Art, wie der Entwurf ihm Genüge zu thun strebt, nicht ganz einwandfrei. Es handelt sich hier namentlich auch um gestohlene Sachen. Findet nun der Eigenthümer die ihm gestohlene Uhr beim gutgläubigen Erwerber, der sie seinerseits mit ihrem vollen Werth bezahlt hat, und macht er alsdann in eindringlicher Weise sein — des Bestohlenen — Eigenthum daran geltend, so wird häufig der Besitzer in der Verblüffung darüber, in dem Besitz einer gestohlenen Uhr befunden worden zu sein, oder aus Anstand die Uhr dem Eigenthümer, falls an dessen Recht nicht zu zweifeln ist, alsbald herausgeben, ohne in dem ersten Augenblick daran zu denken, daß er wegen des von ihm selbst gezahlten Preises der Uhr einen Lösungsanspruch und ein Zurückbehaltungsrecht habe. Es erscheint nicht billig, diese

entgegenkommende Handlung des Besitzers dadurch zu strafen, daß man an sie den Verlust des Lösungsanspruchs knüpft.

In § 940 wird dem Lösungsanspruch des § 939 entsprechende Anwendung zu Gunsten des Faustpfandgläubigers gegeben, welchem eine gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sache von dem Nichteigenthümer verpfändet worden ist; doch kann hier der Inhaber Ersatz nur desjenigen fordern, „was er dem Schuldner gegen Empfang des Pfandes geleistet hat", so daß der Lösungsanspruch regelmäßig dann nicht stattfindet, wenn bereits früher kreditirt und später Pfandsicherheit gewährt worden ist — (Motive pag. 420).

Selbstverständlich ist es wohl die Absicht des Entwurfs, daß der Inhaber das, was er dem Verpfänder gegen Uebergabe des Faustpfandes geleistet hat, nur insoweit herausverlangen kann, als es ihm überhaupt noch geschuldet wird. Doch wird es gut sein, dies in § 940 durch einen kurzen Zusatz zum Ausdruck zu bringen.

II. Ersitzung.

1. Den Einfluß, welchen die neuen Bestimmungen der §§ 877 ff. über die Eigenthumserlangung des gutgläubigen Erwerbers üben müssen, tritt nirgends so hervorstechend zu Tage, als bei der „Ersitzung".

Die ordentliche Ersitzung des gemeinen Rechts verwandelt den titulirten gutgläubigen Besitz in Eigenthum. Nach dem Entwurf dagegen begründet der titulirte gutgläubige Besitzerwerb im Falle der Tradition regelmäßig schon alsbald volles Eigenthum. Die Tradition aber ist die weitaus häufigste Eigenthumserwerbsart für bewegliche Sachen, gegen welche alle anderen Eigenthumserwerbsarten — zumal die andern derivativen — ganz zurücktreten.

Damit fällt nach dem Entwurf die Nothwendigkeit, ja die Möglichkeit einer Ersitzung in den meisten Fällen, für welche diese nach dem seitherigen Recht bestimmt war.

Geht man mit dem Entwurf davon aus, daß guter Glaube Erforderniß der Ersitzung sein soll, so lassen sich die Fälle, in welchen für dieselbe nach jenen Bestimmungen des Entwurfs überhaupt noch Platz ist, wie folgt, gruppiren:

1. im Fall der Tradition:
   a) wenn der den Eigenthumserwerb hindernde Umstand nicht in dem Nichteigenthum des Veräußerers bestand, sondern

in etwas Anderm, etwa in der Geschäftsunfähigkeit desselben;

b) wenn die Tradition sich ohne Uebergabe der Sache oder lediglich mittels constitutum possessorum vollzogen hat (§ 879 Satz 1).

c) wenn die Sache gestohlen, verloren oder auf sonstige Weise ohne den Willen des Eigenthümers bezw. seines Inhabungs-Vertreters abhanden gekommen war (§ 879 Satz 2); hier mit den Ausnahmen für Inhaberpapiere &c.

2. Bei allen andern Eigenthumserwerbsarten für bewegliche Sachen in allen Fällen, in welchen der Eintritt des Eigenthumserwerbs durch irgend einen den guten Glauben des Erwerbers nicht ausschließenden Umstand verhindert worden ist.

Erwägt man nun, daß zu 1c gestohlene Sachen nach seitherigem gemeinen Recht der Ersitzung ganz entzogen waren; zu 1a aber auch bei der Ersitzung gerade zu Gunsten der Unmündigen bezw. Minderjährigen besondere Bestimmungen gelten, so kann man dem Entwurf nur Recht geben, wenn er für die wenigen, nach Ausscheidung dieser, noch verbleibenden Fälle die Einführung einer ordentlichen Ersitzung nicht für am Platze hält, deshalb von einer solchen ganz absieht und lediglich eine einheitliche Ersitzung — im Sinn des seitherigen gemeinen Rechts würden wir sagen: eine außerordentliche Ersitzung — anerkennt.

Man wird sich hiermit umsomehr auch für jene an sich einer ordentlichen Ersitzung noch zugänglich bleibenden Fälle befreunden können, als der Entwurf gleichzeitig die Ersitzungsfrist auf zehn Jahre bestimmt.

Wenn die Fassung des ersten Absatzes des § 881:

„Derjenige, welcher eine bewegliche Sache während einer Frist von zehn Jahren besessen hat, erwirbt dadurch das Eigenthum (Ersitzung)"

auf den ersten Blick jede Erwähnung des Erfordernisses des guten Glaubens vermissen läßt, so wird dem für den Beginn der Ersitzung durch § 881 ^{2}, für die weitere Ersitzungsdauer durch § 886 vollkommen abgeholfen; ja die Herauslassung einer jeden Erwähnung des guten Glaubens aus dem ersten, die Erfordernisse formulirenden Satz des § 881 hat den Vortheil, die Beweislast nicht des Ersitzenden für seinen guten Glauben, sondern des Gegners für den Mangel desselben bezw. für eine grobe Fahrlässigkeit dabei, außer Zweifel zu stellen.

Auch mit den weitern Bestimmungen des Entwurfs über die Einrechnung des Besitzes der Rechtsvorgänger (§ 882 ¹) und die Unterbrechung des Besitzes (§ 885)[14]), sowie mit der Regelung der Ersitzung im Fall der Beerbung (§ 882 ² § 885 ¹ und § 888) und mit der Beweisregel des § 883:

„Ist der Besitz für den Anfang und das Ende eines Zeitraumes erwiesen, so wird der Besitz für die Zwischenzeit vermuthet,"

wird man sich einverstanden erklären müssen.

2. Das Verhältniß der Ersitzung zur Verjährung des Eigenthumsanspruchs wird durch die §§ 884 und 887 bestimmt. Die Bestimmung des ersten Paragraphen, wonach die Ersitzung nicht begonnen noch fortgesetzt werden kann, wenn und so lange die Verjährung des Eigenthumsanspruchs gehemmt ist, hat, wie auch die Motive nicht verkennen, ihr Bedenkliches deshalb, weil dem gutgläubigen Besitzer, welcher sich selbst für den Eigenthümer hält, der dritte Eigenthümer und dessen Verhältnisse gar nicht bekannt sind, er also auch gar nicht wissen kann, ob, wann und wie lange dessen Eigenthumsanspruch gehemmt ist. Selbst dann, wenn er nach ununterbrochenem 10jährigem gutgläubigem Besitz über die Sache als eine nach seiner Meinung zweifellos ihm gehörige verfügt, wird er, falls ohne sein Wissen infolge einer Hemmung der Verjährung des Eigenthumsanspruchs auch seine Ersitzung gehemmt war und deshalb mit Ablauf des zehnjährigen Zeitraums noch nicht beendigt ist, unberechtigt über die Sache verfügen und deshalb der Haftung aus § 880 unterliegen. Andererseits aber ist nicht zu leugnen, daß, wenn ein Grund, welcher die Geltendmachung des Eigenthumsanspruchs durch den Eigenthümer hindert, von dem Gesetz für wichtig genug erachtet wird, um bei Berechnung selbst der langen dreißigjährigen Verjährungszeit berücksichtigt zu werden, er um so viel mehr auch für die kürzere zehnjährige Ersitzung berücksichtigt werden muß; und man kann daher dem Entwurf nicht Unrecht geben, wenn er diesen Gesichtspunkt in § 884 zum maßgebenden erhoben hat.

[14]) Zu Absatz 3 dieses Paragraphen stimme ich übrigens mit Bähr a. a. O. pag. 512 darin überein, daß ich in dem Fall dieses Absatzes die Einrechnung der Zwischenzeit in den Besitz für das Richtige halte. Auch für die Ersitzung beachtenswerthe Bemerkungen enthalten auch die in diesen Heften erschienenen Aufsätze von Lehmann „über die Anspruchsverjährung" (Heft II) und von Linkelmann „der Beginn des Rechtsstreits" (Heft 1).

Daß, wie die Motive für die außerordentliche Ersitzung des gemeinen Rechts hervorheben, diese nur die Kehrseite der Verjährung des Eigenthumsanspruchs sei, läßt sich nach dem Entwurf selbst schon angesichts der verschiedenen Zeitfristen (von 30 und 10 Jahren) nicht mehr in vollem Umfang behaupten. Jedenfalls aber ist es richtig, wenn nach § 887 durch Erhebung der Eigenthumsklage gegen den Besitzer die Ersitzung unterbrochen wird.

Hinzugefügt wird hier: „jedoch nur zu Gunsten desjenigen, welcher die Unterbrechung herbeigeführt hat.“ Genauer dürfte hierbei noch zu erwähnen sein, „bezw. seiner Rechtsnachfolger.“ Es ist dies wohl auch die Absicht des Entwurfs, der voraussichtlich einen solchen Zusatz im Hinblick auf § 236[3] C. P. O. („die Entscheidung ist in Ansehung ꝛc.“) für entbehrlich gehalten hat.

Ueberflüssig wird derselbe jedoch namentlich dann nicht sein, wenn die erste Klage wegen Unzuständigkeit abgewiesen wird und es nun darauf ankommt, für die zweite Klage des Rechtsnachfolgers die Begünstigung des § 171[2] geltend zu machen[15]).

Bei der kürzern Frist der Ersitzung wird diese häufig beendet sein, bevor der Eigenthumsanspruch gegen den Ersitzenden verjährt ist. In diesem Fall kann natürlich von Fortsetzung und Beendigung solcher Verjährung nicht mehr die Rede sein, vielmehr ist durch die Ersitzung und das dadurch begründete neue Eigenthum das seitherige Eigenthum und damit auch der daraus hergeleitete Eigenthumsanspruch, noch ehe der letztere verjährt ist, erloschen.

3. Am Schluß der Bestimmungen über die Ersitzung steht § 889:

> „Mit dem Erwerbe des Eigenthums durch Ersitzung erlöschen zugleich alle sonstigen an der Sache vor dem Erwerbe des Besitzes begründeten Rechte Dritter, es sei denn, daß sie dem Ersitzenden bei dem Erwerbe des Besitzes bekannt gewesen oder nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind.

---

[15]) Da § 171 nach § 887 entsprechende Anwendung auf die Ersitzung findet so ist auch für diese dringend zu wünschen, daß der von Linkelmann (Heft 1 pag. 50 ff.) gerügte Unterschied zwischen den Fällen der Abweisung und der Zurücknahme der Klage beseitigt wird, damit nicht der Kläger, welcher nachträglich von der Unzuständigkeit des Gerichts sich überzeugt, die Klage mit erheblichen Mehrkosten erst durch Urtheil abweisen lassen muß, um die neue Klage nicht als inzwischen verjährt abweisen zu sehen.

Die Vorschriften der §§ 884 bis 887 finden entsprechende Anwendung."

Hierzu sagen die Motive (pag. 356) am Ende:

„auch die Möglichkeit, daß lediglich ein Nießbrauchrecht oder ein Pfandrecht erlischt — usucapio libertatis — ist hier wie dort nicht ausgeschlossen."

Die Motive gehen also davon aus, daß die in § 889 enthaltene Bestimmung über das Erlöschen aller dinglichen Rechte Dritter durch die Ersitzung auch dann Platz greife, wenn das seitherige Eigenthum nicht erlösche, der Ersitzende also nicht durch die Ersitzung Eigenthümer wird. Sie können dabei nur den Fall im Auge haben, daß der fragliche Ersitzer schon ohne die Ersitzung Eigenthümer war und als solcher die Sache die Ersitzungszeit hindurch in gutem Glauben ohne Kenntniß des Nießbrauchs oder Faustpfandrechts eines Dritten besessen hat. Nur in diesem Fall könnte man mit den Motiven von einer usucapio libertatis reden. Allein auf diesen Fall gerade paßt die Bestimmung des § 889 des Entwurfs nicht, denn sie redet von einem Erlöschen der dinglichen Rechte Dritter „mit dem Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung". Die Ersitzung der §§ 881 bis 889, also der Eigenthumserwerb durch Ersitzung, tritt aber nur ein, wenn der Ersitzende nicht schon ohnedies Eigenthümer war. Allerdings wird häufig auch Jemand, der bereits Eigenthümer war, zum leichteren Beweis seines Eigenthumes statt auf den wirklichen Eigenthumserwerb sich einfach auf die Ersitzung, auf den zehnjährigen gutgläubigen Besitz der Sache, berufen und damit durchdringen. Soll aber der Sinn des § 889, wie die Motive in jenem Satze andeuten, der sein, daß auch ohne Eigenthumsersitzung eine Freiheitsersitzung gegenüber dem Nießbrauch- oder Faustpfandberechtigten möglich sein soll, dann würde § 889 unbedingt einer Umänderung bedürfen, falls es nicht richtiger wäre, einen solchen Erlöschungsgrund des Nießbrauchs und Faustpfandrechts in Abschnitt VII Titel 2 bezw. Abschnitt IX Titel 3 zu regeln.

III. Verbindung, Vermischung, Verarbeitung.

Die diese Eigenthumserwerbsarten behandelnden §§ 890 bis 897 regeln die Materie in klarer, einfacher und billigenswerther Weise. Daß jeder Verbindung ein Einfluß auf die Eigenthumsverhältnisse nur dann eingeräumt wird, wenn die verbundene Sache zum wesent-

lichen Bestandtheil geworden, und daß, wenn dies der Fall ist, an sich Miteigenthum nach dem Werth entsprechenden Quoten angenommen und nur dann, wenn eine der verbundenen Sachen als die Hauptsache erscheint, in deren Eigenthum auch das Eigenthum der ihr als wesentliche Bestandtheile verbundenen andern Sachen aufgeht, ist klar und konsequent. Praktisch angemessen ist ferner für die Vermischung die Bestimmung des § 892², daß Untrennbarkeit auch dann anzunehmen ist, wenn die Ausscheidung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden sein würde. Für die Spezifikation endlich wird man dem Grundsatz, daß die Arbeit und nicht der Stoff über das Eigenthum der neu hergestellten Sache entscheidet, unbedenklich beistimmen und die zur Beseitigung von Zweifeln, was als eine neue Sache anzuziehen sei, hinzugefügte Bestimmung des § 894 gutheißen.

Nur zu zwei Bemerkungen giebt mir dieser Abschnitt Veranlassung:

1. Die Spezifikation ist kein „Rechtsgeschäft" (Motive pag. 360).

> „Ob dieselbe eine Rechtshandlung ist, auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte in geringerem oder weiterem Umfang entsprechende Anwendung zu finden haben, oder ob die Spezifikation nicht vielmehr lediglich als natürliche Handlung aufzufassen ist, bleibt besser der Entscheidung in der Wissenschaft und der Praxis vorbehalten. Von dieser Entscheidung hängt insbesondere auch die Beurtheilung der Spezifikationsthätigkeit geschäftsunfähiger Personen, sowie die Beurtheilung der Vertretung in der produktiven Thätigkeit ab."

Auf die theoretische Frage, ob die Spezifikation Rechtshandlung oder nur natürliche Handlung sei, will ich näher nicht eingehen. Praktisch aber ist es mir im höchsten Grade bedenklich, daß, wenn die Motive Recht haben, von der Entscheidung jener theoretischen Frage durch Wissenschaft und Praxis abhängig sein soll „die Beurtheilung der Vertretung in der produktiven Thätigkeit." Die produktive Thätigkeit ist ohne die jeden Zweifel ausschließende Zulassung einer Vertretung einer großen Gefahr ausgesetzt:

Liest man § 893

> „Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines Stoffes oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigenthum an der letzteren."

so kann man aus dessen Wortlaut folgern wollen, daß der Geselle, welcher, in dem Geschäfte des Meisters arbeitend, aus dem Rohstoff den Stiefel hergestellt hat, Eigenthümer des letzteren geworden ist. Eine solche Folgerung aber muß durch das Gesetz selbst unmöglich gemacht und ihre Abweisung nicht erst der Entscheidung einer von dem Gesetze offen gelassenen Frage durch Wissenschaft und Praxis überlassen werden. Bei allem Vertrauen und aller Beruhigung darüber, daß Wissenschaft und Praxis die richtige Entscheidung finden würden, scheint es mir doch erwünscht, durch einen kleinen Zusatz in § 893, etwa durch die Fassung „wer selbst oder durch Andere" die Zulässigkeit der Vertretung bei der Spezifikation vor jedem sonst aus den Worten des Gesetzes und der angeführten Stelle der Motive zu entnehmenden Zweifel zu schützen.

2. Zu § 897

> „Wer in Gemäßheit der §§ 890—896 einen Verlust erleidet, kann von demjenigen, welcher dadurch bereichert ist, die Herausgabe der Bereicherung fordern. Die Vorschriften des § 748³ finden Anwendung."

ist natürlich auch der Fall ins Auge zu fassen, wenn der Verlust auf der einen und die Bereicherung auf der anderen Seite nicht gleich groß sind. Ist der Verlust größer als die Bereicherung, so gewährt die Vorschrift des § 897 eben nicht vollen Schadensersatz. Ist alsdann nach Lage der Sache ein gesetzlicher Anspruch auf Schadensersatz auch abgesehen von § 897 begründet (etwa weil eine unerlaubte Handlung vorliegt), so wird daran durch jenen Paragraphen nichts geändert. Die mala fides des Verbindenden, Vermischenden oder Verarbeitenden hat wenigstens hierdurch auch nach dem Entwurf ihre Bedeutung.

Ist dagegen die Bereicherung größer als der Verlust, so würde trotzdem nach § 897 die Herausgabe der vollen Bereicherung gefordert werden können, und zwar auch dann, wenn die Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung in gutem Glauben geschehen wäre. Es scheint unbillig, eine solche über den Begriff des Schadensersatzes hinausgehende Verpflichtung zu bestimmen, und deshalb wünschenswerth vor den Worten:

> „Die Herausgabe der Bereicherung einzuschalten, bis zur Höhe jenes Verlustes."

IV. Erwerb des Eigenthums an Erzeugnissen und ähnlichen Bestandtheilen einer Sache.

Wenn in der Ueberschrift von Erzeugnissen und „ähnlichen" Bestandtheilen einer Sache die Rede ist, während die §§ 898 bis 902 selbst von Bestandtheilen ohne Erwähnung einer solchen Beschränkung sprechen, so kann über diese Nichtübereinstimmung des Ausdrucks als unwesentlich hinweggegangen werden. Nicht so unwesentlich ist jedoch die Ungenauigkeit in § 898, welcher bestimmt:

> „Bestandtheile einer Sache, insbesondere deren Erzeugnisse, gehören auch nach der Trennung dem Eigenthümer der Sache, soweit nicht mit der Trennung ein Anderer in Gemäßheit der §§ 899—902 das Eigenthum an ihnen erwirbt."

Die Bestandtheilseigenschaft ändert aber an den Eigenthumsverhältnissen nur dann etwas, wenn es sich um wesentliche Bestandtheile im Sinne des § 782 handelt. Nur für wesentliche Bestandtheile einer Sache ist daher die Bestimmung dieses Paragraphen nothwendig und richtig. Für nicht wesentliche Bestandtheile bedarf es einer Bestimmung überhaupt nicht, da deren Eigenthumsverhältnisse, wie durch die Hinzufügung, so auch durch die Wiederwegnahme zu und von der andern Sache nicht berührt oder verändert werden. Eben deshalb aber würde auch die Bestimmung, daß jeder Bestandtheil einer Sache nach der Trennung beim Mangel eines sonst aus §§ 899—902 Berechtigten dem Eigenthümer der Sache, also doch derjenigen Gesammtsache, von welcher der Bestandtheil getrennt wird, zufallen solle, unrichtig sein, wenn er auf andere als wesentliche Bestandtheile angewendet werden soll.

Das Prinzip des § 898 bezüglich des Fruchterwerbs geht dahin, daß, wenn nicht ein anderes Recht aus den folgenden Bestimmungen sich ergiebt, der Eigenthümer der Sache auch Eigenthümer ihrer Erzeugnisse mit deren Trennung wird. Als solche dem Recht des Eigenthümers vorgehende andere Rechte behandelt der Entwurf:

1. das dingliche Recht auf die Frucht (§ 899),
2. das Recht des Besitzers § (900),
3. das Recht des obligatorisch Berechtigten (§ 901) und zwar:
   a) mit Inhabung der Sache,
   b) ohne solche.

In den Fällen 1, 2 und 3a soll der Berechtigte mit der

Trennung Eigenthümer der Fürchte werden, in dem Fall 3b erst mit der Besitzergreifung (Perzeption), so daß hier zwischen dieser und der Trennung der Eigenthümer der fruchttragenden Sache (bezw. der sonst nach 1 und 2 Berechtigte) auch Eigenthümer der Früchte ist.

Eine Neuerung des Entwurfs gegenüber dem gemeinen Recht besteht darin, daß der gutgläubige Besitzer geradezu als Eigenthümer der Früchte bezeichnet wird. Die Motive pag. 365 ff. dürfen mit Recht hervorheben, daß durch diesen einen Schritt, den der Entwurf hinausgeht über die Stellung, welche schon das gemeine Recht dem gutgläubigen Besitzer hinsichtlich des Fruchterwerbs einräumt, ein durch seine Einfachheit sich empfehlendes Resultat sich ergiebt, ohne daß dadurch gegen die Billigkeit verstoßen würde. Der Eingang des § 900 „wer eine fremde Sache besitzt, erwirbt das Eigenthum u. s. w." hebt in diesem ersten Satz das Erforderniß der Gutgläubigkeit nicht hervor, beschränkt sich vielmehr darauf, unter 1 den Besitzer, welcher zur Zeit der Trennung weiß, daß er zum Besitze der Sache nicht berechtigt ist, und unter 2 demjenigen, welcher dem Besitz der Sache durch eine strafbare wenn auch nur auf Fahrlässigkeit beruhende Handlung erworben hat, von der Begünstigung des Fruchterwerbs zu Eigenthum auszuschließen.

Unter 1 wird dabei lediglich auf das wirkliche Wissen Rücksicht genommen, nicht auch auf ein Wissenmüssen, wenn nur durch grobe Fahrlässigkeit dem Besitzer die Kenntniß seiner Nichtberechtigung oder der Berechtigung eines Dritten entgangen ist. Die Motive (pag. 366 Absatz 3a) berufen sich hierfür auf die Analogie des § 886. Diese paßt jedoch nicht ganz; denn wenn für den einmal begonnenen Ersitzungsbesitz in § 886 nur wirkliche mala fides superveniens als Unterbrechungsgrund anerkannt und auf grobe Fahrlässigkeit keine Rücksicht genommen wird, so handelt es sich dabei doch um einen Besitz, welcher nach § 881² bei seiner Erwerbung nicht nur aus grober Fahrlässigkeit in gutem Glauben begonnen sein darf. Unser § 900 hingegen will den zum Fruchterwerb berechtigten gutgläubigen Besitzer mit Rücksicht auf die Art seiner Erwerbung nach Pos. 2 nur dann ausschließen, wenn der Besitzerwerb auf einer strafbaren Handlung beruht hat.

Setzen wir den Fall: der Käufer eines Gutes nimmt, weil er es nicht der Mühe werth hält, um die Grenzen desselben sich zu kümmern, auch von einem dem Nachbarn gehörigen Feld Besitz und

mäht, da die Erntezeit gerade bevorsteht, dasselbe ab, ehe der Eigenthümer davon Kenntniß erhält. Er ist gutgläubiger Besitzer und also nach § 900 Eigenthümer der Frucht — welche er alsbald in seine Scheune gebracht, dort aber noch liegen hat — geworden. Der Bereicherungsanspruch ist ausgeschlossen, da zu § 900 die Motive (pag. 366 vor 3) ausdrücklich eine Abweichung von dem Prinzip des § 748 [2] ablehnen.

Zweifellos hat in diesem Fall der Besitzer nur in Folge grober Fahrlässigkeit in gutem Glauben sich für berechtigt gehalten, und es ist, wenn der wirklich berechtigte Nachbar zu spät das Geschehene erfährt, sicher durchaus unbillig, wenn ihm nicht das Recht zusteht, die in der Scheune des Andern noch liegende Frucht seinerseits zu beanspruchen.

Will man also dem § 900 im Ganzen die Fassung belassen, welche er jetzt hat, so würde doch entweder unter 1 hinter „gewußt" einzuschalten sein „oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht gewußt", oder aber der Pos. 2 eine andere nicht auf die strafbare Besitzerwerbung sich beschränkende Fassung zu geben sein.

In § 899 [2] wird dem besitzenden Eigenthümer einer Sache, welcher von dem Recht eines dinglich zum Fruchtbezug Berechtigten keine Kenntniß hat, das Eigenthum der Früchte mit deren Trennung zugesprochen (sofern nicht der dinglich Berechtigte selbst ohne verbotene Eigenmacht die Trennung bewirkt). Auch für diesen Fall, also namentlich für den Fall, daß der Eigenthümer ohne Kenntniß eines Nießbrauchsrechts die Früchte bezieht, erfordert die Billigkeit, daß die nur auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß jenes andern Rechts der Kenntniß desselben gleich gestellt wird. Die Motive (pag. 364) verweisen hier auf die analogen Fälle der §§ 878 und 889, aber auch in diesen ist jene Rücksicht auf eine nur durch grobe Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntniß genommen. Mit Recht bemerken die Motive, daß der Eigenthümer nicht schlechter gestellt werden könne als der Besitzer. Man wird also die fragliche Aenderung in § 899 und § 900 gleichmäßig machen müssen.

Nicht unerwähnt darf bleiben, daß das Recht des gutgläubigen Besitzers auf Erwerbung der Frucht zu Eigenthum eine wesentliche Einschränkung durch § 1067 [2] erleidet, indem danach die dem Besitzer zugefallenen Früchte der Hypothek verhaftet sind und bleiben. Die Sicherheit der Hypothekengläubiger, welche um die thatsächlichen Besitz- und Nutzungsverhältnisse häufig sich nicht bekümmern können, rechtfertigt jene Bestimmung.

Zu den §§ 901 und 902 belehren uns die Motive (pag. 367 ff.), daß wir es hier eigentlich nicht mit der gesetzlichen Regelung einer Eigenthumserwerbsart zu thun haben, daß vielmehr der in diesem Paragraphen vorgesehene Erwerb des Eigenthums an den Früchten durch den nur obligatorisch Berechtigten, welchem „zum Zweck einer solchen Zueignung die Inhabung der Sache überlassen" ist, auf einem dinglichen Vertrag beruht.

Der gewöhnliche Fall, in welchem insbesondere die Bestimmung des § 901^{2} in Wirksamkeit treten wird, ist der Fall der Pacht. Für den Pächter, welchem ja stets die Inhabung der Sache eingeräumt wird, wird dadurch abweichend von dem gemeinen Recht der Erwerb des Eigenthums an den Früchten schon an den Zeitpunkt der Trennung geknüpft; und der Schlußsatz des § 901 sichert ihn davor, daß der Eigenthümer unberechtigter Weise während der Dauer der Pachtzeit von jenem dinglichen Vertrag zurücktreten könnte. Wenn die Motive (pag. 369) dabei jenen Bestimmungen deshalb eine besondere Wichtigkeit zuschreiben,

> „weil der Entwurf einer Verdinglichung des Pacht- und Miethsrechts durch Uebergabe der Sache oder durch die Eintragung dieser Rechte in das Grundbuch nicht kennt,"

so wird dieser Grund ja freilich an Wichtigkeit verlieren, wenn, wie wohl als sicher anzunehmen ist, bei Revision des Entwurfs der Satz „Kauf bricht Miethe", verlassen wird. Ich muß jedoch hier davon absehen, die Folgen einer solchen Aenderung des Entwurfs zu erörtern.

V. Zueignung.

Nur zwei nebensächliche Bemerkungen mögen hier genügen:

1. In § 904:

> „Eine bewegliche Sache, deren Eigenthümer die Inhabung, ohne dieselbe einem Andern einzuräumen, mit der Erklärung aufgiebt, das Eigenthum der Sache aufzugeben, wird herrenlos,"

ist der Ausdruck „mit der Erklärung" wohl besser zu vertauschen mit der Wendung, „in der erkennbaren Absicht." Sicher hat der Entwurf hierbei — und die Motive bestätigen das — nicht daran gedacht, das Erforderniß einer ausdrücklichen mündlichen Erklärung zu verlangen, sondern es kann hier wie sonst, in Gemäßheit des § 72, die Willenserklärung auch stillschweigend erfolgen. Aber gerade in diesem Paragraphen ist die Fassung eine so wenig glückliche, daß sie doch zu Mißdeutungen Anlaß geben könnte.

2. Wenn § 906 den ausgezogenen Bienenschwarm herrenlos werden läßt, wenn der Eigenthümer denselben nicht unverzüglich verfolgt, so soll § 907 das Recht des Eigenthümers jedenfalls auch nur bei solchem unverzüglichen und deshalb berechtigten Verfolgen regeln. Vorsorglich dürfte dies jedoch dadurch, daß auch in § 907 vor „Verfolgen" das Wort „unverzüglichen" gesetzt wird, vor jedem Zweifel zu sichern sein.

VI. Gefundene Sachen.

In ziemlich ausführlicher, dafür aber auch um so klarerer Weise werden in 18 Paragraphen die sachenrechtlichen Verhältnisse bezüglich des Findens verlorener oder sonst abhanden gekommener Sachen geordnet. Den Forderungen der Fürsorge für den Verlierer und der Billigkeit für den Finder ist dabei allenthalben Rechnung getragen.

Wenn Becker[16]) rügt, daß sogar Vorschriften für die Polizeibehörden hier in das bürgerliche Gesetzbuch sich verirrt hätten, so hat dieser vom Standpunkt der Gesetzgebungstechnik nicht unberechtigte Vorwurf von unserm praktischen Standpunkte aus kein schweres Gewicht. Meinerseits möchte ich sogar in einem Punkte eine Entscheidung, welche der Entwurf dem Ermessen des Gerichts anheimstellt, statt dessen lieber der Polizeibehörde übertragen sehen. Ich meine den Satz in § 914 ²:

> „Hat die Sache nur für den Verlierer oder den Eigenthümer einen Werth, so bestimmt das Gericht den Fundlohn nach seinem Ermessen."

Nicht deshalb möchte ich die Bestimmung des Fundlohns in diesem Falle der Polizeibehörde übertragen, weil ich sie für geeigneter dazu hielte, sondern lediglich deshalb, weil es wünschenswerth ist, daß die Bestimmung des Fundlohns auf möglichst einfache und wenig kostspielige Weise bewirkt wird, während doch eine Entscheidung des Gerichts nichts anderes als in dem weitläufigen und mit Kosten verknüpften Wege des Prozesses herbeigeführt werden kann[17]).

Ueberdies wird es sich bei Sachen, welche nur für den Verlierer oder Eigenthümer einen Werth haben, meistens auch nur

---

[16]) „System und Sprache des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs" pag. 14.

[17]) Daß der Entwurf an eine nicht prozessuale Thätigkeit des Gerichts hier gedacht hätte, scheint mir nicht anzunehmen.

um einen nicht erheblichen Fundlohn handeln, welcher kaum die Beschreitung des Rechtswegs verlohnt.

Diejenige Bestimmung, durch welche die ganze Materie vom Fund überhaupt erst in diesen dritten Titel vom Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen gehört, ist in § 918 enthalten. Hier wird der Polizeibehörde, nachdem ein Jahr oder unter Umständen auch bis zu 3 Jahren fruchtlos auf die Anmeldung eines Anspruchs auf die verlorene Sache gewartet worden ist, die Ertheilung eines schriftlichen Zeugnisses an den Finder vorgeschrieben und im Anschluß daran bestimmt:

> „mit der Aushändigung des Zeugnisses an den Finder erwirbt derselbe das Eigenthum an der Sache; zugleich erlöschen alle sonstigen an der Sache bisher begründeten Rechte."

Treten diese Wirkungen wirklich ein, so ist von da an trotz der nach § 922 noch drei Jahre lang bestehen bleibenden Bereicherungsansprüche des Verlierers bezw. Eigenthümers die Sache selbst sachenrechtlich dem Verlierer entzogen, des Charakters einer verlorenen oder abhanden gekommenen Sache entkleidet und in ein neues originäres Eigenthum des Finders übergegangen. Die Bestimmungen über verlorene oder abhanden gekommene Sachen können von diesem Zeitpunkt an auf sie nicht mehr Anwendung leiden.

Anders, wenn einer der Fälle vorliegt, in welchen trotz Ertheilung des Zeugnisses der Polizeibehörde die gedachten rechtlichen Wirkungen nicht eintreten. Dies ist — abgesehen von dem Fall des § 919 (wenn in dem Zeugnisse selbst der angemeldete Anspruch eines Dritten vorbehalten ist) — nach § 920 dann der Fall, wenn:

a) der Finder die im § 910 vorgeschriebene Anzeigepflicht verletzt hat, oder

b) wenn und soweit der Finder die entgegenstehenden Rechte an der Sache gekannt hat.

Ob einer dieser Fälle vorliegt, entzieht sich regelmäßig der Beurtheilung eines Dritten; die Möglichkeit derselben aber läßt auch denjenigen, welcher in gutem Glauben an das — wie er weiß, durch ein Zeugniß der Polizeibehörde bekräftigte — Eigenthum des Finders von diesem die Sache kauft und tradirt erhält, des Eigenthumserwerbs nicht sicher sein. Denn, wird ihm später nachgewiesen, daß jene an die Aushändigung des Zeugnisses regelmäßig geknüpfte

Wirkung des Eigenthumserwerbs für den Finder aus einem der Gründe des § 920 nicht eingetreten ist, so war die Sache noch eine „verlorene" und es liegt daher alsdann einer der Ausnahmefälle des § 879 vor. Auch der gutgläubige Erwerber wird in diesem Fall nicht Eigenthümer der verlorenen oder abhanden gekommenen Sache; und dies gilt nicht nur für denjenigen, welcher direkt von dem Finder erwirbt, sondern auch für weitere einander nachfolgende Erwerber. Erst durch Ersitzung wird in solchen Fällen regelmäßig das neue Eigenthum begründet werden können und müssen.

Man kann zweifelhaft sein, ob der Entwurf zu Gunsten des Verlierers nicht etwas zu viel gethan hat, indem er einerseits in §§ 910 ff. alle Fürsorge für dessen Auffindung und für Wahrung seiner Interessen trifft, andererseits aber trotzdem auch nach Ertheilung des in § 918 [3] vorgesehenen Zeugnisses der Polizeibehörde den fraglichen Sachen den Charakter verlorener dann noch beläßt, wenn einer der Fälle des § 920 vorliegt. Man könnte dagegen einwenden, daß die Vorschriften des § 910 ff. den Verlierer genügend sichern, namentlich die der Polizeibehörde zur Pflicht gemachte öffentliche Bekanntmachung, sowie die dem Verlierer doch regelmäßig gegebene Möglichkeit, durch Anzeige bei der Polizeibehörde des Fundorts (oder, wenn er nicht genau weiß, welches der Fundort ist, auch an mehreren möglichen Fundorten) die Ertheilung des Polizeizeugnisses zu hindern oder sich wenigstens den Vorbehalt des § 919 zu sichern. Auch sind andererseits die Interessen gutgläubiger dritter Erwerber nicht minder des Schutzes würdig, als die des Verlierers. Allein ich begnüge mich damit, die Frage anzuregen, da einestheils die Ausnahmevorschrift des § 879 weniger auf der Absicht einer Begünstigung des Verlierers, als auf einem prinzipiellen Anschluß an die alte Schranke des Grundsatzes „Hand wahre Hand" beruht und anderntheils, wenn die Ersitzungszeit mit dem Entwurf auch für verlorene Sachen auf zehn Jahre bestimmt wird, die praktische Bedeutung der Frage nicht allzugroß sein wird.

An die Behandlung des Fundes schließt § 928 die Bestimmungen über den Schatz:

Derselbe soll zur einen Hälfte dem Finder, zur andern dem Eigenthümer der Sache, in welcher er aufgefunden worden ist, zu Eigenthum zufallen. Trotz der gegentheiligen Ansicht der Motive halte ich hier eine die Pflicht des Finders zur Anzeige an den Eigenthümer der Sache regelnde Vorschrift für nothwendig; die-

selbe müßte zugleich bestimmen, daß und welchen Nachtheil die Verletzung dieser Anzeigepflicht oder mindestens die absichtliche Verheimlichung des Fundes beim Schatz zur Folge haben soll.

Vierter Titel.

Eigenthumsanspruch.

Der Entwurf faßt unter diesem Namen die Vindikations- und die Negatorienklage zusammen, ohne beiden sie unterscheidende Sonderbezeichnungen zu geben. Da beide in der That nur Ausfluß des einen Eigenthumsrechts und verschiedene Seiten des einheitlichen Eigenthumsanspruchs sind, so ist hiergegen nichts zu erinnern, zumal deutsche Bezeichnungen wie „Eigenthumsfreiheitsklage" &c. noch nicht in allgemeine Uebung gekommen sind, die Unbequemlichkeit aber, welche der Mangel getrennter Bezeichnungen herbeiführt, kaum nennenswerth ist.

Der letzte Paragraph des Titels handelt dann noch von der publizianischen Klage, welche eigentlich nicht zum Eigenthumsanspruch gehört. Doch wird dies auch von dem Entwurf nicht verkannt, er hat vielmehr jene nur deshalb hier ihren Platz finden lassen, weil auf sie die Vorschriften über den Eigenthumsanspruch entsprechende Anwendung finden sollen und nach dem System des Entwurfs eine andere Stelle, an welcher der publizianische Anspruch abgehandelt werden könnte, sich nicht wohl finden ließ.

Ich werde zunächst (1—6) den vindikatorischen, dann den negatorischen (7) Eigenthumsanspruch, zum Schluß den publizianischen Anspruch (8) erörtern.

1. Der Eigenthümer hat gegen den Besitzer und Inhaber „den Anspruch auf Herausgabe der Sache." Gegen diese Fassung, welche durch den Ausdruck „Herausgabe" den Beklagten auch „zu einer gewissen positiven Thätigkeit verbunden" sein lassen will, ist nichts einzuwenden. Auch was die Motive über diese Herausgabe auf Seite 398 ff. ausführen, kann nur gebilligt werden.

In dem künftigen Vindikationsprozeß wird sich die Klagbitte der Fassung des Entwurfs anschließen und demgemäß einfach auf Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache gerichtet werden. Auch das Urtheil wird dementsprechend in seiner Decisive hierauf sich beschränken. Die Motive selbst heben diesen Punkt (Seite 396) hervor und verneinen die Frage, ob ein dem-

entsprechendes Urtheil der ferneren Geltendmachung eines im Prozeß nicht vorgebrachten Eigenthumserwerbsgrundes entgegenstehe.

Sie halten dies deshalb für unbedenklich, weil es der Partei unbenommen sei, mit der Leistungsklage auf Herausgabe der Sache eine Feststellungsklage darüber, daß ihr das Eigenthum an der Sache zustehe, zu verbinden.

Durch die Möglichkeit dieser Feststellungsklage, deren Zulässigkeit auch ohne eine besondere gesetzliche Vorschrift nicht verkannt werden könne, werde die Partei in die Lage gesetzt, wenn sie es wünsche, auch ein die Eigenthumsfrage endgültig entscheidendes Urtheil herbeizuführen.

Diese Erwägung ist nicht unbedenklich. Abgesehen davon, ob das rechtliche Interesse an der Feststellung, welches Voraussetzung für die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist, von dem Richter nicht doch zuweilen verkannt und verneint werden wird, ist es mißlich, die Rechtsfolge einer die Eigenthumsfrage endgültig erledigenden materiellen Rechtskraft des Urtheils im Vindikationsprozesse davon abhängig zu machen, daß mit dem Klaganspruch aus § 929 noch eine besondere Feststellungsklage verbunden wird. Wenn auch im Anwaltsprozeß voraussichtlich oft diese Feststellungsklage erhoben werden dürfte, so ist doch im Amtsgerichtsprozeß nicht darauf zu rechnen, daß die Parteien hierfür Verständniß haben oder genügend hierüber belehrt werden. Ueberdies wird regelmäßig nicht der Kläger, sondern der Beklagte im Vindikationsprozeß das größte Interesse daran haben, daß eine Wiederholung der Eigenthumsklage auf Grund anderer angeblicher Erwerbsgründe durch die Ausdehnung der Rechtskraft des Urtheils unmöglich gemacht wird.

Es wird also jene Feststellung regelmäßig nicht von dem Kläger, der ja den Prozeß zu gewinnen und die Herausgabe der Sache dadurch zu erzwingen hofft, sondern von dem Beklagten, welcher durch das Urtheil endgültigen Schutz in Eigenthum und Besitz wünscht, geltend gemacht werden müssen, mithin die Form einer Widerklage annehmen, deren Erhebung schon aus Vergeßlichkeit häufig unterbleiben wird. Muß man nun aber, wie ich glaube, vom praktischen Standpunkt aus wünschen, daß eine Wiederholung der Eigenthumsklage unter denselben Parteien vermieden und der in dem Eigenthumsprozeß obsiegende Theil, insbesondere der auf Herausgabe belangte Beklagte, vor wiederholter Klage geschützt

wird, so wäre doch wohl zu wünschen, daß die Frage der materiellen Rechtskraft des Urtheils im Eigenthumsprozeß, welche zweifellos eine civilrechtliche, nicht eine prozessualische ist, im Entwurf — sei es hier, sei es in Buch I Abschnitt IX — mit geregelt würde [18]).

2. Das Eigenthum verlangt, wie die Motive betonen, einen seinem Inhalt entsprechenden thatsächlichen Zustand; damit ist ein gegen andere Personen sich richtendes Recht des Eigenthümers auf Herstellung dieses Zustandes gegeben; dieser Anspruch aber ist auf weiter nichts als auf Herstellung des rechtsgemäßen thatsächlichen Zustandes für die Zukunft gerichtet (Motive pag. 393).

Hiernach ist der Inhalt des Eigenthumsanspruchs mit der Herausgabe der Sache erschöpft. Alles, was der Eigenthümer außerdem noch beanspruchen kann, fordert und erhält er nicht auf Grund seines Eigenthumsanspruchs, sondern auf Grund selbstständiger legaler Verbindlichkeiten.

Nun ist es ja zweifellos richtig, daß der eigentlich dingliche Anspruch in der That konsequent gedacht im Fall der Vindikation lediglich auf Herausgabe der Sache und damit auf Herbeiführung des entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist.

Wenn aber trotzdem das römische Recht und andere Gesetzgebungen die weitergehenden Ansprüche des Eigenthümers gegen Besitzer und Inhaber der Sache wegen Nutzung und Schadensersatz nicht als selbstständige von dem dinglichen Eigenthumsanspruch losgelöste betrachtet, vielmehr als Accessorien, Anhängsel und Bestandtheile desselben angesehen und behandelt haben, so liegt dem doch ein praktischer Gesichtspunkt zu Grunde, welcher die geringe Abweichung von der Konsequenz der juristischen Theorie wohl rechtfertigt. Denn es heißt in der That, zusammengehörige und eng zusammenhängende Dinge auseinanderreißen, wenn man diese, fast in jedem Vindikationsprozeß eine Rolle spielenden Accessorien des Eigenthumsanspruchs scharf von ihm sondern und mit dem Entwurf als selbstständige von ihm unabhängige Ansprüche gestalten will. Die Motive selbst heben wenigstens als offene Frage

[18]) Auf die theoretische Streitfrage über die Tragweite des rechtskräftigen Urtheils im Eigenthumsprozeß — insbesondere auch nach heutigem Recht — gehe ich hier nicht ein.

die bedenkliche Konsequenz hervor, daß der ausschließliche dingliche Gerichtsstand, welchen §§ 25 und 27 C. P. O. für Eigenthumsklagen wegen unbeweglicher Sachen begründen, für diese Nebenansprüche des Eigenthumsklägers nicht begründet sei. Sie beruhigen sich jedoch hierbei deshalb, weil bei Schadensansprüchen das Gericht der gelegenen Sache auch forum delicti commissi sei. Allein gerade nach dem Entwurfe und den Motiven ist der Delikts-Gesichtspunkt keineswegs für alle Fälle durchschlagend. Und wenn die Motive weiter meinen, es werde der Mangel der Zuständigkeit auch nur selten (§§ 38 und 39 C. P. O.) geltend gemacht werden (Motive pag. 393 a. E.), so verkennen sie, daß wir bei der Eigenthumsklage auch mit dem bösgläubigen und oft böswilligen Besitzer und Inhaber zu rechnen haben, welchem wir schon als solchem chikanöses Vorbringen der Einrede der Unzuständigkeit zutrauen dürfen.

Die Loslösung der Nebenansprüche der §§ 930ff. von dem Eigenthumsanspruch kann ich daher nicht gutheißen.

3. An der Spitze der §§ 930—935, durch welche das Rechtsverhältniß des beklagten Besitzers oder Inhabers zum klagenden Eigenthümer hinsichtlich der Herausgabe der Nutzungen und des Schadensersatzes geregelt wird, steht die auf den ersten Blick befremdende Bestimmung des § 930[19]). Der Entwurf will jenes Rechtsverhältniß selbstständig und einheitlich ordnen und in dem Aufbau seiner darauf bezüglichen Bestimmungen nicht beengt sein durch Rücksichtnahme auf anderweite, sonst ihrer Konsequenz nach hier anwendbare Normen; deshalb schafft er zunächst für den selbstständigen Bau freien Platz, indem er in § 930 die Bestimmungen der nun folgenden Paragraphen als die für ihr Gebiet allein und ausschließlich maßgebenden bezeichnet. „Soweit nicht aus den §§ 931—35 ein Anderes sich ergiebt," erklärt er den Besitzer und Inhaber einer fremden Sache für „nicht verpflichtet dem Eigenthümer auch die Nutzungen der Sache herauszugeben oder den Schaden zu ersetzen, welchen derselbe durch Untergang oder Verschlechterung der Sache oder anderweit erlitten hat." Eigenthümlich berührt diese Fassung, wonach, abgesehen von den Bestimmungen der §§ 931—35 der Besitzer, also auch der bösgläubige Besitzer zur Nutzungsherausgabe und zum Schadensersatz nicht verpflichtet sein soll. Der Entwurf will namentlich die Anwendung zweier nach

[19]) Aehnlich Bolze a. a. O. pag. 103 II.

ihrer allgemeinen Fassung sonst hier Platz greifender Paragraphen ausschließen, nämlich bezüglich der Herausgabe der Nutzungen des § 748 über das Haben ohne Grund, die ungerechtfertigte Bereicherung, bezüglich des Schadenersatzes des § 704 über die unerlaubten Handlungen. Beide Paragraphen würden in der That ohne die Bestimmung des § 930 in mehr oder weniger weitem Umfang auf dem hier fraglichen Gebiet herangezogen werden können. Dem wird durch die Bestimmung des § 930 in unzweideutiger, aber doch wohl auch recht radikaler Weise abgeholfen.

Der sonst so konsequent und systematisch aufgebaute Entwurf macht sich hier mit vollem Bewußtsein einer Durchbrechung der Konsequenz schuldig, indem er in den §§ 930—35 Ausnahme-Bestimmungen aufstellt, welche gewissermaßen dem sonstigen System des Entwurfs entrückt, von der Anwendung der an sich auch dafür passenden Bestimmungen, insbesondere des § 704 und § 748 eximirt sein sollen. Ein solches Verfahren ist an sich nicht empfehlenswerth, kann vielmehr nur durch zwingende Gründe gerechtfertigt und entschuldigt werden.

Liegen solche zwingende Gründe hier vor? Ich glaube nicht. Schon an sich ist es was den § 704 betrifft, gewiß nicht unbedenklich, wenn dieser die unerlaubten Handlungen betreffende und an die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung des Rechts eines Andern durch eine widerrechtliche Handlung die Folge der Schadensersatzpflicht anknüpfende Paragraph beim Eigenthum, dem wichtigsten und ersten jener absoluten Rechte, zu deren Schutz der § 704[2] besonders bestimmt ist, außer Anwendung gesetzt werden soll. Die Frage liegt nahe, ob, wenn jener Paragraph zu weit gefaßt ist um bei Verletzung des Eigenthums in vollem Umfang Anwendung zu finden, er nicht ebenso auch zu weit gefaßt ist im Hinblick auf andere absolute Rechte, zumal ja durch die Bestimmung des Entwurfs über entsprechende Anwendung der für die Eigenthumsklage gegebenen Vorschriften auch auf andere dingliche Klagen (vergl. z. B. § 964. 1017 u. a.) auch für deren Fall die gleiche Inkonsequenz eintritt. Man kann füglich die Besorgniß hegen, daß bei der Anwendung auf andere absolute Rechte dieselben Bedenken gegen die wortgetreue Anwendung des § 704[2] sich ergeben werden, welche den Entwurf bestimmt haben, für Eigenthumsklagen durch § 930 ihn einfach zu beseitigen. Daß der Entwurf die unerlaubte Handlung im Gegensatz zum römischen Recht unter allgemeine zum Schadensersatz verpflichtenden

Vorschriften gestellt hat, verdient sicher Beifall. Erweist sich aber die betreffende Vorschrift in ihrer Anwendung auf das Eigenthum zu weit gefaßt, so wäre der richtigere und korrektere Weg der Abhilfe wohl der gewesen, dem § 704 selbst eine engere Fassung zu geben.

Die Motive enthalten über den Gesichtspunkt des Delikts in seiner Anwendung auf die Verpflichtung des Eigenthumsbeklagten mancherlei nicht allenthalben untereinander völlig übereinstimmende Erwägungen, an deren Schluß sie sagen (Seite 395): „Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß, wenn das Gesetz schwiege, der unredliche Besitzer weder als Delinquent noch aus einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Obligation dem Eigenthümer haftbar sein würde." Sie verneinen also und zwar mit Recht, den Deliktscharakter des unredlichen Besitzes als solchen, sie verneinen namentlich eine Verpflichtung des Besitz-Erwerbers nachzuforschen, ob seine Handlung nicht etwa ein fremdes Recht beeinträchtigt (wenigstens für die Regel, unbeschadet der Ausnahmen, z. B. im Fall des § 259 Strafgesetzbuchs). Dagegen gehen sie weiter davon aus (pag. 402): „Wenn auch in dem Zustand des Besitzers oder Inhabers niemals ein Delikt gefunden werden kann, so würden doch die einzelnen während des Zustandes an der Sache vorgenommenen Handlungen, welche Schaden stiften und damit das Recht des Eigenthümers beeinträchtigten, dem Begriffe des Delikts unterstellt werden müssen, wenn vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt worden ist." Diese an sich begründete Delikthaft schließt § 930 aus; und im § 935 wird dieselbe nur insoweit wieder zugelassen, als

a) es sich um die Handlung des Erwerbes des Besitzes oder der Inhabung handelt und
b) diese Handlung eine strafbare oder eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung ist.

Hat dem Erwerb des Besitzes nicht eine derartige strafbare oder vorsätzlich unerlaubte Handlung zu Grunde gelegen, so begründen Handlungen während der Dauer des erworbenen Besitzes nach dem Entwurf in keinem Falle eine deliktmäßige Haftung, wie die Motive pag. 402[4] ausdrücklich anerkennen. Setzen wir also den Fall: Der gutgläubige Erwerber und Besitzer einer Sache erfährt, daß diese nicht sein Eigenthum geworden, sondern einem Dritten gestohlen ist; und um den Weitläufigkeiten eines Herausgabeprozesses zu entgehen, vernichtet er die Sache. Er verstößt damit gegen § 303 Str. G. B.

und wird wegen vorsätzlicher Sachbeschädigung, begangen an einer fremden Sache, bestraft.

Warum soll in diesem Fall seine civilrechtliche Haftung nicht unter den Gesichtspunkt des Delikts fallen, sondern lediglich wie der Entwurf und die Motive zur Folge haben würden, als legale Haftung aus § 931 gedacht werden? Bei einer strafbaren Handlung, und wohl auch bei jeder vorsätzlichen unerlaubten Handlung liegt kein Grund vor, die Deliktshaftung auszuschließen; dagegen ist zuzugeben, daß für den gutgläubigen Besitzer, dessen guter Glaube auf Fahrlässigkeit beruht, es unbillig und ungerecht sein kann, ihn dem Eigenthümer gegenüber bedingungslos zu vollem Schadensersatz verbindlich zu machen. Ob jedoch zu befürchten sein würde, daß dies geschähe, wenn § 930 fehlte, möchte ich bezweifeln. Der gesunde Sinn der Praxis wird eine allzu strenge und ungerechte Auffassung der Ersatzpflicht des gutgläubigen Besitzers nicht befürchten lassen. Auch würde ich einer auf diesen Fall sich beschränkenden besonderen Bestimmung beipflichten können.

Als zweite Bestimmung, deren Ausschließung den wesentlichen Zweck des § 930 bildet, machen die Motive den § 748 über die Ansprüche aus grundlosem Haben und ungerechtfertigter Bereicherung geltend. In dieser Beziehung ist jedoch der gutgläubige Besitzer durch § 900 gegen ungerechte Ansprüche auf Herausgabe der in gutem Glauben gezogenen Früchte bereits vollkommen geschützt, da diese Früchte nach jenem Paragraphen mit der Trennung von der Hauptsache sein Eigenthum werden, und hiernach in Gemäßheit des § 748 ² der Konditionsanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nicht stattfindet[20]).

Warum aber zu Gunsten des bösgläubigen Besitzers hier durch § 930 die Anwendbarkeit des § 748 beseitigt werden soll, ist nicht verständlich, ganz abgesehen davon, daß die Ansprüche des Eigenthümers an den Erzeugnissen der Sache im Falle des bösgläubigen Besitzes des Beklagten ja auch bei der jetzigen Fassung des § 930 durch dessen Absatz 2 vorbehalten bleiben, weil in diesem Fall die Erzeugnisse mit der Trennung in das Eigenthum des Sacheigenthümers gefallen sind[21]).

---

[20]) Siehe oben zu § 900.

[21]) Vorausgesetzt, daß nicht ein dingliches Recht eines Dritten auf die Früchte besteht.

Meines Erachtens dürfte **§ 930** des Entwurfs ruhig **gestrichen** werden können, ohne daß wir bedenkliche Folgen für die Praxis zu fürchten hätten.

Es wäre damit eine Bestimmung beseitigt, welche, wie schon betont, als Ausnahmebestimmung gewissermaßen das System durchbricht, und welche durch einen zwingenden Grund nicht entschuldigt wird.

Wende ich mich nach diesem Widerspruch gegen die Einleitung, welche § 930 den folgenden Paragraphen giebt, nunmehr zu letztern selbst, so ist materiell gegen die folgenden Bestimmungen des Entwurfs über die Nutzungsherausgabe und Schadensersatzpflicht des Eigenthumsbeklagten wenig zu erinnern.

§ 931 läßt diese Pflicht beginnen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Besitzer die Kenntniß erlangt, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, und stellt dem in Absatz 2 denjenigen Besitzer, der durch eine strafbare, wenn auch nur fahrlässige, Handlung den Besitz erworben hat, von dem Zeitpunkt seines Besitzerwerbs an gleich.

§ 933 stellt dem im Sinne des § 931 Abs. 1 bösgläubigen Besitzer weiter jeden Besitzer und Inhaber von dem Zeitpunkt an gleich, in welchem der Eigenthumsanspruch gegen ihn rechtshängig gemacht worden ist.

Die Verpflichtung selbst wird für alle diese Fälle — von dem für die einzelnen besonders bestimmten Anfangs-Zeitpunkt an — in § 931 dahin bestimmt:

a) die seit dem fraglichen Zeitpunkt gezogenen Nutzungen dem Eigenthümer herauszugeben,
b) demselben den nach dem fraglichen Zeitpunkt von dem Besitzer aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden zu ersetzen, welcher durch Untergang oder Verschlechterung der Sache oder Nutzungen oder dadurch entstanden ist, daß Nutzungen, welche hätten gezogen werden können, nicht gezogen sind.

Die Bestimmung unter a enthält, wie die Motive betonen, zuweilen einen Anspruch, welcher über den Begriff des Schadensersatzes hinausgeht, nämlich wenn der Besitzer von der streitigen Sache mehr Nutzungen zieht, als der Eigenthümer davon gezogen haben würde; doch geht auch dieser Anspruch nicht weiter, als der Bereicherungsanspruch aus § 748.

Die unter b gedachte Schadensersatzpflicht andererseits enthält keine Erstattung alles dem Eigenthümer entstandenen Schadens; denn einmal beschränkt sie sich bei Verschlechterung oder Untergang der Sache auf den von dem Besitzer aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden, so daß sie nicht Platz greift, wenn etwa die Sache durch einen Zufall untergeht, von welchem dieselbe eben nur beim bösgläubigen Besitzer betroffen werden konnte (z. B. wenn sie beim Brande seines Wohnhauses mitverbrannt). Sodann aber bleibt unerstattet der Ersatz desjenigen Schadens, welcher dem Eigenthümer über die von dem Besitzer gezogenen oder zu ziehenden Früchte hinaus aus der Vorenthaltung der Sache dadurch entstanden sein kann, daß er, der Eigenthümer, nach seinen individuellen Verhältnissen entweder mehr Nutzungen aus der Sache hätte ziehen können oder durch den Nichtbesitz der Sache einen größeren Schaden erlitten hat.

In diesen beiden Punkten würde die Haftung des aus einer unerlaubten Handlung nach § 704 zum vollen Schadensersatz Verpflichteten eine weitergehende sein. In ihnen also beruht vorzugsweise die praktische Bedeutung der Versagung deliktmäßiger Haftung, welche die Folge des § 930 für alle diejenigen Fälle ist, welche nicht dem § 935 unterstehen. Für die Regel wird der Unterschied nicht sehr erheblich sein; will man ihn aber einmal ins Auge fassen, so ist, wenn wirklich eine unerlaubte Handlung vorliegt, kein Grund vorhanden, der beschränkten Haftung den Vorzug zu geben.

Für die nicht den Charakter der unerlaubten Handlung tragende mala fides ist der Umfang der Herausgabe und Schadensersatzpflicht in jenen Bestimmungen des § 931 zutreffend geregelt, und auch der gleichen Stellung jedes Besitzers von Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an wird man beistimmen müssen. Ebenso halte ich es für richtig, daß durch § 934 für den Fall eines Verzugs des Beklagten die weitergehenden aus dem Verzuge sich ergebenden Haftungsfolgen — welche ja auch die Folge der Schadensersatzpflicht einschließen — eintreten sollen.

Die Voraussetzungen und Folgen des Verzugs für den Eigenthumsanspruch besonders zu regeln, liegt keine Veranlassung vor, eben deshalb aber auch für mich kein Anlaß, darüber hier weiter mich auszulassen. Es würde sonst insbesondere der Frage näher zu treten sein, ob nicht eine Abänderung der Vorschrift des § 241 am Platze wäre, welche nach der Auslegung, welche sie in den Motiven erhält, den entschuldbaren Irrthum des Beklagten in Ansehung des

Schuldverhältnisses, also in unserm Fall in Ansehung des Eigenthums des Klägers, den Eintritt des Verzugs ausschließen lassen soll.

4. Was die Haftung des Inhabers der streitigen Sache, welcher nicht selbst Besitzer ist, betrifft, so geht der Entwurf in § 929 anscheinend davon aus, daß der Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe in erster Linie gegen den Besitzer als solchen sich richtet und daß es eigentlich nur dieser an sich gegen den Besitzer gerichtete Anspruch ist, welcher auch gegen den Inhaber geltend gemacht werden kann. Wenigstens hat nur dann die verschiedene Ausdrucksweise des ersten und zweiten Satzes dieses Paragraphen Sinn und Grund. Allerdings aber heben die Motive hervor, daß der Eigenthumsanspruch auch gegen denjenigen geltend gemacht werden könne, welcher, wie z. B. der Finder, für einen ihm selbst unbekannten Besitzer die Sache innehabe, wie auch gegen denjenigen, welcher für den Eigenthümer selbst die thatsächliche Herrschaft über die Sache als Inhaber ausübe. —

Für die oben unter 3 erörterte Frage der Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen und zur Erstattung des Schadens müssen wir jedoch von der obigen Auffassung ausgehend, den Besitzer als den gewissermaßen prinzipaliter Verpflichteten ansehen. Obgleich auch für den Inhaber eine selbstständige Verpflichtung in dieser Hinsicht nach dem Entwurf eintritt, ist dieselbe doch in § 932 in steter Abhängigkeit von der Verpflichtung des Besitzers gehalten und deshalb auch ganz im Anschluß an die dafür geltenden Vorschriften geregelt. Hierin aber geht der Entwurf, wie ich glaube, in einem (gleich unter c) zu erörternden) Punkte zu weit:

Drei Fälle sind, wenn für den Besitzer der streitigen Sache ein Dritter die Inhabung ausübt, möglich und zu unterscheiden:

a) Besitzer sowohl wie Inhaber sind gutgläubig und haben keine Kenntniß von dem Recht des dritten Eigenthümers;
b) der Besitzer ist bösgläubig in dem Sinn, daß er weiß, er ist zum Besitz nicht berechtigt, während der Inhaber noch gutgläubig ist, d. h. von dem Rechtsmangel und dem bösen Glauben des Besitzers keine Kenntniß hat;
c) der Besitzer ist noch gutgläubig, der Inhaber aber kennt dessen Rechtsmangel und weiß, daß der Besitzer zum Besitz nicht berechtigt ist.

Der Fall a bietet keine Schwierigkeiten, da der Anspruch des

Eigenthümers hier sowohl dem Besitzer wie dem Inhaber gegenüber lediglich soweit geht, als deren guter Glaube ihn zuläßt.

Im Fall zu b haftet der Inhaber hierüber hinaus nicht, wohl aber der Besitzer. Hier wirft sich die Frage auf, in wieweit der Besitzer in diesem Fall für den Inhaber und dessen Handlungen oder Unterlassungen einzustehen hat. Der Entwurf sagt darüber nichts; und so wird man eine solche Ausdehnung auch nicht in die Bestimmungen des § 931 hinein interpretiren dürfen. Denn, wenn hier zunächst der Besitzer zur Herausgabe der, „von ihm" nach Beginn seiner Bösgläubigkeit gezogenen Nutzungen verpflichtet erklärt wird, so sind das in dem Falle, wenn er etwa die Sache verpachtet hat, nicht die natürlichen Früchte, sondern das von ihm selbst für diese bezogene Entgelt. Und auch bezüglich des von ihm zu erstattenden Schadens setzt § 931 voraus, daß derselbe „von ihm" also von dem Besitzer selbst verursacht worden ist. Das Letztere kann in gewissen Fällen auch dann angenommen werden, wenn nicht direkt der Besitzer, sondern der Inhaber den Schaden verursacht hat, die Verhältnisse aber so liegen, daß dafür auch den Besitzer ein Verschulden trifft.

Immerhin wird zu erwägen sein, ob nicht eine weitergehende Haftung des bösgläubigen Besitzers für denjenigen, welcher in seinem Namen die Sache inne hat und welcher vielleicht nur in Folge absichtlichen dolosen Verschweigens Seitens des Besitzers im guten Glauben an dessen Recht erhalten bleibt, geboten erscheint. Man denke z. B. an den Fall, daß der mit Eigenthumsklage belangte Besitzer während der vielleicht recht langen Dauer des Eigenthumsstreites dem Inhaber absichtlich keine Kenntniß von dem Prozeß giebt, während etwa der entfernt wohnende klagende Eigenthümer seinerseits gar nichts davon weiß, daß Besitz und Inhabung bezüglich der streitigen Sache nicht in einer Hand liegen.

Zu c bestimmt der Entwurf § 932², daß wenn nur der Inhaber, aber nicht der Besitzer weiß, daß Letzterer zum Besitz nicht berechtigt ist, der Inhaber nach Maßgabe des § 931¹ zum Ersatz des von ihm verursachten Schadens verpflichtet ist, welcher durch Untergang oder Verschlechterung der Sache entstanden ist. Vergleicht man diese Fassung mit der des § 931, so ist ersichtlich, daß die Haftung für die gezogenen (oder zu ziehen gewesenen) Nutzungen mit Vorbedacht ausgelassen ist, daß also deren Herausgabe dem bösgläubigen Inhaber bei gutem Glauben des Be-

sitzers nicht obliegen soll. Setzen wir nun z. B. den Fall: Der gutgläubige Besitzer eines Gutes tritt vor der Ernte eine ihn lange Zeit fern haltende Reise an und überträgt für deren Dauer die Inhabung desselben dergestalt auf einen Dritten, daß dieser die Ernte ziehen und unentgeltlich zu eigenem Nutzen behalten soll. Noch vor der Ernte erfährt der dritte Inhaber, daß und warum sein Auktor nicht Eigenthümer und also auch zu jener Verfügung über Gut und Ernte nicht berechtigt war, während dem entfernten Besitzer hiervon keinerlei Kenntniß zukommt. Der Inhaber aber zieht und verkauft trotzdem die Ernte. In diesem Falle würde weder der gutgläubige Besitzer haften noch auch nach der Fassung des § 932 ² der Inhaber. Allerdings würde der Eigenthümer, wenn er die Verhältnisse kannte, durch zeitige Klaganstellung gegen den Inhaber in Gemäßheit des § 933 gegen diesen Schaden sich sichern können; aber es ist doch auch an sich unbillig, daß, wenn die Klaganstellung unterbleibt oder verzögert wird, der wissentlich widerrechtlich handelnde Inhaber die Ernte ohne Entgelt ziehen und behalten soll[22]. Auch dies ist eine Abänderung erheischende Folge davon, daß § 930 die allgemeinen Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung für die Gegenansprüche des Eigenthumsbeklagten ausgeschlossen hat. Die Streichung des § 930 würde auch dieses Bedenken beseitigen.

5. Der dem Besitzer und dem Inhaber der fremden Sache gegen den Eigenthümer zustehende Anspruch wegen der von ihnen auf dieselbe gemachten Verwendungen hat in dem Entwurf eine eigenthümliche, im Wesentlichen an das französische Recht sich anlehnende, aber doch in Einzelheiten auch von diesem abweichende, Regelung gefunden. Entgegen dem von andern neuern Gesetzgebungen im Wesentlichen beibehaltenen Gesichtspunkte des römischen Rechts, welches den Verwendungsanspruch des Eigenthumsbeklagten nicht als ein selbstständig klagbares Forderungsrecht, sondern nur als ein durch exceptio doli und Retentionsrecht[23]) geschütztes Vertheidigungsmittel des Eigenthumsbeklagten auffaßt und dabei nach subjektiven Gesichtspunkten auch auf den guten oder bösen Glauben des Letzteren, des Verwendenden, Rücksicht nimmt, geht der Entwurf wie das französische Recht, aus vom Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung und

[22]) Vergl. auch Bolze a. a. O. pag. 110 f.

[23]) Auch durch jus tollendi, welches im Entwurf zwar beibehalten, aber beschränkt wird. Vergl. unten.

führt denselben, sich lediglich an objektive Merkmale haltend und den bösgläubigen Besitzer ebenso wie den gutgläubigen beschützend, dahin durch, daß die durch die Verwendung herbeigeführte Bereicherung des Eigenthümers von diesem zu erstatten ist.

Es muß auffallen, daß der Entwurf die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung da, wo sie zu Gunsten des Eigenthümers gereichen würden, durch § 930 außer Kraft setzt, während dieselben hier, wo sie zum Nachtheil des Eigenthümers, dagegen zum Vortheil auch des bösgläubigen Besitzers und Inhabers gereichen, seinen Bestimmungen in voller Schärfe zu Grunde legt. Man sollte meinen, was dem Einen (dem Besitzer, zumal dem bösgläubigen) Recht, das sollte auch für den Andern (den Eigenthümer) billig sein. Hiervon aber abgesehen läßt sich nicht verkennen, daß die in § 936 ff. gegebene Regelung des Verwendungsanspruchs unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung viel für sich hat, und daß insbesondere die Beurtheilung nach rein objektivem Maßstabe eine festere und klarere Gestaltung desselben zur Folge haben muß, als die Berücksichtigung des gutgläubigen und bösgläubigen Besitzes und die Unterscheidung zwischen nothwendigen, nützlichen und nur dem Luxus dienenden Verwendungen. Der Entwurf kennt als Maßstab für die Erstattungspflicht des Eigenthümers lediglich die Bereicherung, welche demselben durch die Verwendung zukommt. Bedingt ist der Anspruch dadurch, daß der Eigenthümer die Sache wiedererlangt (§ 938[1]). Der Zeitpunkt dieser Wiedererlangung ist also regelmäßig maßgebend für die Frage, ob und in welchem Maße durch die Verwendung eine Bereicherung des Eigenthümers herbeigeführt worden ist. Ist die Herausgabe ohne vorherige oder gleichzeitige Anzeige der Ansprüche erfolgt, also namentlich auch wenn der Eigenthümer nicht von dem Verwendenden, sondern auf anderem Wege die Sache wiedererlangt hat, so ist für die Bereicherungsfrage der Zeitpunkt maßgebend, in welchem der Eigenthümer „von den Ansprüchen Kenntniß erlangt hat oder die Ansprüche rechtshängig geworden sind“ (§ 938[3]). Da selbstverständlich nur immer ein Zeitmoment maßgebend sein kann, so ist die alternative Fassung des letzten Satzes nicht genau, vielmehr würde korrekter hinter dem „oder“ einzuschalten gewesen sein „wenn er nicht vorher die Kenntniß erlangt hat.“

Daß der Verwendungsanspruch ein auf eine legale Verbindlichkeit des Eigenthümers gestütztes und klagbares Forderungsrecht wer-

den soll, ist zu billigen; ebenso auch die Art, wie der Entwurf das jus tollendi des Berechtigten regelt. Muß man mit den Motiven (pag. 411) davon ausgehen, daß zu Bestandtheilen der Sache gewordene Gegenstände nur dann als Verwendung aufgefaßt werden können, wenn sie wesentliche Bestandtheile der Sache im Sinne des Entwurfs geworden sind, so ist es richtig, die Wiederlostrennung eines wesentlichen Bestandtheiles nicht in das Belieben des Verwendenden zu stellen, da ja nach § 782 ein von dem Recht an der Sache abgesondertes Recht daran nicht stattfindet. Mit Recht läßt daher § 936 das jus tollendi nur dann eintreten, wenn der Bereicherungsanspruch des Verwendenden gegen den Eigenthümer nicht mindestens den Werth erreicht, welchen der Bestandtheil nach der Trennung der Sache noch haben würde, also nur dann, wenn die Nichtausübung jenes Rechts einen positiven Schaden des Berechtigten herbeiführen würde. Auch die weitere Bestimmung, daß, wer das Recht der Wegnahme ausübt, die herauszugebende Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen hat, ist fast selbstverständlich und dem seitherigen Recht entsprechend.

Im § 937 wird der Uebergang des Verwendungsanspruchs des Vorbesitzers auf den Nachbesitzer, soweit er dessen Rechtsnachfolger geworden ist, anerkannt: „Eingetreten ist die Bereicherung in dem Augenblick der Verwendung.“ Motive pag. 413. Deshalb ist der zunächst Berechtigte auch nur derjenige, welcher die Verwendung selbst bewirkt hat. Es ist daher erwünscht, daß der Uebergang seines Anspruchs auf die als seine Rechtsnachfolger zu betrachtenden Nachbesitzer anerkannt ist.

Der Fall eines Wechsels in der Person des Schuldners, d. h. eines Wechsels in der Person des Eigenthümers zwischen den Zeitpunkten der Verwendung und der Herausgabe der Sache an den Eigenthümer wird in dem Entwurf selbst nicht erwähnt, wohl aber erwähnen ihn die Motive auf Seite 416, 3b und zwar in einer Weise, welche zu Bedenken Anlaß giebt. Man könnte, meinen sie, in einem solchen Falle zweifeln, ob der Verwendungsanspruch sich nicht etwa auf den Erwerber als nunmehrigen Eigenthümer und Verpflichteten übertrage. Sie weisen jedoch eine solche Uebertragung zurück; denn sie „würde mit den Grundsätzen über die publica fides des Grundbuchs nicht harmoniren.“ Da Verwendung und Verwendungsanspruch naturgemäß hauptsächlich bei Grundstücken vorkommen, so kann die Frage ihre Regelung gewiß nicht finden ohne

volle Rücksichtnahme auf die Grundsätze des Grundbuchrechts und seiner publica fides. Andererseits aber kann der Nichtübergang der passiven Seite des Verwendungsanspruchs auf den neuen Eigenthümer praktisch zu sehr bedenklichen Folgerungen führen. Ein fingirter Fall mag dies erläutern:

Ein Ackergrundstück, welches im Grundbuch dem A. zugeschrieben ist, wird in Folge einer Verwechselung oder Unklarheit in der Katasterbezeichnung[24]) von dem B. seit Jahren gutgläubig besessen und von demselben schließlich mit einem Wohnhaus bebaut. A. weiß hiervon nichts. C. nun, welcher durch Zufall den Sachverhalt kennt, kauft dem A., ohne diesem denselben mitzutheilen, das Grundstück für den Preis, welchen dasselbe als Ackergrundstück hatte, ab, erhält auch von demselben die Auflassung und grundbuchmäßige Ueberschreibung. Nun klagt er auf Herausgabe des Grundstücks gegen den B.

Wo bleibt der Verwendungsanspruch des Letztern?

In der Zeit der Verwendung war A. Eigenthümer; allein er ist nicht bereichert, auch hat er das Grundstück nicht selbst wieder erlangt. C. aber ist zwar bereichert; aber da der Verwendungszeitpunkt vor der Zeit seines Eigenthumserwerbs lag und der Verwendungsanspruch nach jenen Ausführungen der Motive auf den neuen Eigenthumserwerber passiv nicht übergehen soll, so ist auch er nicht verpflichtet. Es bliebe also in diesem Fall dem B. nur das Recht der Wegnahme und damit wäre er dem guten Willen des C. ganz in die Hand gegeben; dieser würde durch die Drohung, sonst gar nichts zu zahlen und ihm eben nur die Niederreißung des Hauses zu gestatten, den B. zur Annahme einer minimalen Abfindung zwingen können[25]).

Bei aller Achtung vor der Harmonie mit den Grundsätzen der publica fides des Grundbuchs dürfte eine solche Konsequenz doch wohl Abhülfe erheischen.

Nicht billigen kann ich auch die Bestimmung, daß auf den für die Verwendung zu ersetzenden Betrag „der Reinertrag der gezogenen Nutzungen" bedingungslos in Abzug kommen soll (§ 936[2]).

---

[24]) Daß solche trotz des bestgeordneten Katasterwesens immer noch vorkommen werden, kann man sich nicht verhehlen.

[25]) Auch der Fall einer Collusion des Eigenthümers aus der Zeit der Verwendung mit dem neuen Erwerber kann vorkommen und wird nicht immer nachzuweisen sein.

Dagegen ist der Wegfall der nach dem gemeinen Recht bestehenden Möglichkeit, eine Billigkeitsrücksicht auf den Umstand zu nehmen, daß die Erstattungspflicht den Verpflichteten nach seinen individuellen Verhältnissen besonders hart treffen würde (Motive pag. 413), allerdings nicht wohl zu umgehen, wenn man einmal den objektiven Maßstab der Bereicherung entscheiden lassen will. Nur ist sehr zu hoffen, daß, wie die Motive (l. c.) in Aussicht stellen, bei der Beurtheilung der Frage, inwieweit eine Bereicherung des Eigenthümers vorliege, auf dessen individuelle Gesammtvermögenslage in der Praxis gebührende Rücksicht genommen und so das subjektive Moment wenigstens insoweit nicht ganz außer Acht gelassen werde. „Die Berücksichtigung dieser Vermögenslage kann dazu führen, daß eine objektive, aber nur durch Veräußerung zu realisirende Wertherhöhung nicht als Bereicherung erscheint." (Motive pag. 413.)

In vollem Umfang wird dies allerdings nur dann der Fall sein, „falls die Veräußerung des verbesserten Gegenstandes den Werth eines Ganzen, in welchen derselbe hineingehört, herunterdrücken würde." (Motive l. c.) Aber auch in vielen andern Fällen wird für das Maß der Bereicherung jenes subjektive Moment eine nicht außer Acht zu lassende Korrektur des rein objektiven Maßstabes abgehen.

Daß der Verwendungsanspruch auch durch ein Zurückbehaltungsrecht gesichert ist (§ 938[2]), entspricht dem seitherigen Recht. Dabei erscheint die Vorschrift des § 941, daß der Eigenthümer, wenn er die Sache anzunehmen bereit ist, jedoch die Befriedigung oder Sicherstellung jener Ansprüche nicht anbietet, in Verzug der Annahme kommt, auf den ersten Blick hart, da ja der Annahme-Verzug nach §§ 257 ff. für den Eigenthümer schwer wiegende Folgen haben kann, deren Anwendung zu Gunsten des bösgläubigen Besitzers bedenklich erscheint. Wenn nun auf das Zurückbehaltungsrecht auch die §§ 232—236 Anwendung finden (vergl. § 236) und daher nach § 235 das Zurückbehaltungsrecht demjenigen nicht zu Gute kommt, welcher „zu dem Gegenstande durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung gelangt ist," so wird freilich für den schlimmsten und am wenigsten schutzwürdigen Fall bösgläubigen Besitzes das Bedenken beseitigt, aber auch nur für diesen Fall.

6. Ueber die Abtretbarkeit des Eigenthumsanspruchs schweigt der Entwurf. Dagegen enthalten die Motive Seite 399 ff. eine Ausführung darüber, in welcher sie nicht nur davon ausgehen, daß die

allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts über die Abtretung von Forderungsrechten auch auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs des Eigenthümers Anwendung zu finden haben, soweit sich nicht aus der dinglichen Natur dieses Anspruchs ein Hinderniß ergibt, sondern auch weiter dem Entwurf die Anschauung unterlegen, „daß zwar Abtretung der Vindikation und Uebertragung des Eigenthums wohl zu unterscheiden, aber doch eine dingliche Bindung des Abtretenden anzunehmen" sei. (pag. 400.)

Liegt eine Abtretung des Eigenthumsanspruchs vor, so wird in jedem Fall der Anspruch auf Herausgabe der Sache, der ja den Kern des Eigenthumsanspruchs und nach dem Entwurf dessen alleinigen Inhalt bildet, als abgetreten zu gelten haben.

Ob dagegen die Ansprüche wegen der Nutzungen und wegen Schadensersatzes mit auf den Cessionar übergegangen sein sollen, wird bei dem selbstständigen Charakter, welcher diesen Ansprüchen nach dem Entwurf beiwohnt, Frage der Auslegung im einzelnen Falle sein.

Bei Immobilien wird es auch für die Abtretung des Rechts aus § 843 regelmäßig eines besonderen Ausdrucks bedürfen.

Wenngleich die Abtretung des Eigenthumsanspruchs, wie die Motive hervorheben, auch andern Zwecken, als dem der Eigenthumsübertragung dienen können, und es vielmehr beabsichtigt sein kann, durch sie die Inhabung einer Sache behufs der Ausübung eines sonstigen dinglichen oder obligatorischen Rechts zu verschaffen (Motive pag. 400) so ist doch der regelmäßige Zweck der Abtretung des Eigenthumsanspruchs der, den Uebergang des Eigenthums zu vermitteln und herbeizuführen. In dieser Beziehung wäre es erwünscht gewesen, wenn sich die Motive über die Bedeutung und den Umfang der von ihnen unterstellten „dinglichen Bindung" des Abtretenden etwas näher ausgelassen hätten, da die seitherige Lehre von der Abtretung dinglicher Ansprüche und namentlich des Eigenthumsanspruchs, keineswegs für alle dabei auftauchenden Fragen Klarheit gewährt.

Dieselben sollen auch hier nicht näher erörtert werden. Nur die Frage sei noch ins Auge gefaßt, in welcher Weise die Abtretung des Eigenthumsanspruchs die Uebertragung des Eigenthums selbst herbeizuführen geeignet ist. In dieser Beziehung ist zwischen den unbeweglichen und beweglichen Sachen zu unterscheiden:

a. Bei den unbeweglichen Sachen hat der eingetragene Eigenthümer, um sein Eigenthum zu übertragen, auch dann, wenn

dasselbe in fremden Händen ist, den Umweg einer Abtretung des Eigenthumsanspruchs nicht nöthig, da ihm die Auflassung in diesem Fall einen einfachen und sichern Weg dazu bietet. Wenn dagegen der wirkliche aber nicht eingetragene Eigenthümer sein Eigenthumsrecht auf einen Dritten übertragen will, so ist ihm, eben weil er nicht eingetragener Eigenthümer ist, unmöglich die Auflassung und damit den das Eigenthum übertragenden dinglichen Vertrag zu vollziehen. Er wird also den ihm zustehenden Eigenthumsanspruch auf Herausgabe der Sache und zugleich auch den gegen den eingetragenen Eigenthümer sich richtenden Anspruch aus § 843 des Entwurfs an jenen Dritten abtreten. Dieser klagt alsdann gegen den eingetragenen Eigenthümer auf Herausgabe der Sache und zugleich (nach § 843) auf Ertheilung der Auflassung. Mit letzterer wird der obsiegende Kläger grundbuchmäßiger Eigenthümer des Grundstücks; und würde etwa der verurtheilte Beklagte die Auflassung weigern, so würde § 833 des Entwurfs ihm die Möglichkeit geben, auf Grund des rechtskräftigen Urtheils auch einseitig die Auflassung zu erwirken. In diesen Fällen bedarf es dann, um die durch die Abtretung des Eigenthumsanspruchs bezweckte Vermittelung des Uebergangs des Eigenthums selbst herbeizuführen, nicht erst noch einer weitern Thätigkeit des abtretenden Eigenthümers.

b. Bei beweglichen Sachen kann Derjenige, welchem der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe abgetreten ist, die Klage auf diese Herausgabe anstrengen und so den Besitz und die Inhabung der Sache erlangen. Es fragt sich aber, ob, wenn auf diese Weise Besitz und Inhabung auf ihn übergegangen sind, darin eine Vollendung bezw. ein genügender Ersatz des formalen Elements der Tradition mit der Wirkung des Uebergangs des Eigenthums selbst gefunden werden kann. Diese Frage ist aber namentlich in den Fällen wichtig, in welchen dadurch, daß der Inhaber der Sache, wie nach § 804 ihm möglich, der Anweisung, die thatsächliche Gewalt fortan für den Erwerber auszuüben, seinerseits widersprochen und dadurch nach § 804 den Uebergang des Besitzes, zugleich aber auch nach § 874 den von der „Uebergabe der Sache" abhängigen Uebergang des Eigenthums daran gehindert hatte und ebendadurch die Abtretung des Eigenthumsanspruchs veranlaßt war[26])

[26]) Vergl. auch Bähr a. a. O. pag. 499 ff. Mit der von Bähr pag. 500 vorgeschlagenen Formulirung könnte ich mich vollkommen einverstanden erklären.

Ich würde meinerseits im Anschluß an das zu § 874 ff. unter A3 oben Ausgeführte — und unbeschadet der dortigen Abänderungswünsche — in der zum Zweck der Vermittelung der Eigenthumsübertragung geschehenen Abtretung des Eigenthumsanspruchs, im Zweifel eine fortwirkende Traditionsofferte des seitherigen Eigenthümers an den Erwerber finden und demgemäß annehmen, daß, wenn der abgetretene Anspruch auf Herausgabe der Sache verwirklicht worden ist, es zum Uebergang des Eigenthums selbst auf den klagenden Erwerber nicht noch eines weiteren besondern Akts des seitherigen Eigenthümers bedürfe. Nur in diesem Fall kann die Abtretung des Eigenthumsanspruchs in Wirklichkeit ihren regelmäßigen Zweck, den Uebergang des Eigenthums selbst zu vermitteln und einstweilen zu ersetzen, erfüllen.

Bedenklicher ist die Anwendung des Ausgeführten in dem Falle des § 223, nach dessen neuer und eigenthümlicher Bestimmung auf denjenigen, welcher infolge Entziehung oder Vorenthaltung einer Sache (oder eines Rechts) Schadensersatz für den Verlust der Sache geleistet hat, mit dieser Ersatzleistung die Ansprüche übergehen, „welche dem Entschädigten auf Grund des Eigenthums oder des sonstigen Rechts gegen Dritte zustehen." Wir haben es hier mit dem Fall einer gesetzlichen Abtretung des Eigenthumsanspruchs zu thun[27]).

Da alle dem Entschädigten auf Grund des Eigenthums zustehende Rechte auf den abfindenden Ersatzpflichtigen übergehen sollen, so würde ich hierin für Grundstücke auch eine gesetzliche Abtretung der Rechte aus § 843 erblicken; für bewegliche Sachen aber würde es mir doch bedenklich erscheinen in diesem Fall der gesetzlichen Abtretung[28]) das Vorliegen eines dinglichen Traditionsvertrages künstlich zu konstruiren, wenn nicht dem § 874 eine weniger formalistische Fassung nach meinen oben gemachten Vorschlägen gegeben wird.

Es muß aber gefordert werden, daß auch in solchen Fällen der Eigenthumsübergang nicht durch zu enge Fassung der Vorschriften über Tradition gehindert wird.

Denn an eine andere Eigenthumserwerbsart kann man dabei nicht denken; ohne Eigenthumsübergang aber würde der vollberechtigte Zweck der betreffenden Bestimmung verfehlt werden.

---

[27]) Vergl. über diese Bestimmung übrigens auch Laband im Civilistischen Archiv Bd. 73 pag. 183 ff.

[28]) Wie auch in andern analogen Fällen, und auch bei Zwangsüberweisung des Eigenthumsanspruchs im Zwangsvollstreckungsverfahren.

7. Die Bestimmungen über die **negatorische** Klage (§§ 943 und 944) bieten zu Bemerkungen wenig Anlaß. Mit Recht hat der Entwurf diese Seite des Eigenthumsanspruchs einheitlich für bewegliche und unbewegliche Sachen geregelt. Den Besonderheiten des Grundbuchrechts ist durch § 843 Rücksicht getragen.

Auch daß bei noch **fortdauernder** Beeinträchtigung des Eigenthums der Anspruch auf deren **Wiederaufhebung** gerichtet ist, also nicht auf ein bloßes Geschehenlassen der Beseitigung, sondern auf ein selbstthätiges Beseitigen seitens des Beklagten, ist zu billigen; nicht minder die Zulassung der laudatio auctoris, wenn anders man letztere nicht schon jetzt nach § 37 C. P. O. für zulässig halten will.

Wenn betreffs der für die Vindikation gegebenen Ausnahmevorschriften gegenüber den allgemeinen Grundsätzen über Haftung aus Bereicherung und aus Delikten der Entwurf für den negatorischen Anspruch gleiche Ausnahmebestimmungen ablehnt, so kann ich mich damit von meinem oben unter 3 erörterten Standpunkt aus nur einverstanden erklären.

Daß der Beklagte, welcher ein eigenes Recht auf die streitige Beeinträchtigung des Eigenthums behauptet, dieses Recht beweisen muß, ist durch die Fassung des (nach § 944 auch für den negatorischen Anspruch anwendbaren) § 942 außer Frage gestellt. Dieser § 942 beseitigt wohl mit Recht den für das Gebiet der preußischen Grundbuchsgesetzgebung bestehenden Grundsatz einer nur beschränkten Zulassung von auf obligatorisches Recht gestützten Einwendungen gegenüber der Klage des im Grundbuch eingetragenen Berechtigten.

8. In § 945 hat der Entwurf einen **publizianischen** Anspruch dem Eigenthumsanspruch zur Seite gestellt, indem er bestimmt:

> „Die Vorschriften der §§ 929 bis 944 über die dem Eigenthümer zustehenden Ansprüche finden entsprechende Anwendung zu Gunsten desjenigen, welcher den Besitz einer beweglichen Sache erworben hat, sofern er bei dem Besitzerwerbe den Umstand nicht gekannt hat, durch welchen der Erwerb des Eigenthums verhindert worden ist, und seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat."

Für **unbewegliche** Sachen ist der publizianische Anspruch durch die Bestimmung des § 826 über die für die Richtigkeit der im Grundbuch eingetragenen Berechtigungen sprechende Vermuthung unnöthig gemacht bezw. ausgeschlossen. Denn **für** den eingetragenen Eigenthümer oder dinglich Berechtigten **bedarf** es angesichts dieser

Rechtsvermuthung nicht noch eines besonderen Schutzes, gegen den eingetragenen Eigenthümer (und sonstigen Berechtigten) aber wird derselbe durch jene Rechtsvermuthung unmöglich gemacht. Für bewegliche Sachen aber ist durch die Bestimmung der § 877 ff. gegenüber dem seitherigen Recht in den meisten Fällen, für welche gemeinrechtlich die publizianische Klage von Bedeutung war, an den zu deren Begründung erforderlichen Thatbestand nunmehr der Erwerb des Eigenthums selbst als Folge geknüpft. Nahe liegt daher der Zweifel, ob trotzdem für den Entwurf noch das Bedürfniß der Schaffung bezw. Beibehaltung eines publizianischen Anspruchs anerkannt werden muß. Die Motive selbst nehmen ein solches Bedürfniß an, namentlich auch deshalb, weil der Erwerb in gutem Glauben Ausnahmen erleide und sich überall nicht auf die allerdings seltenen und ausnahmsweisen Fälle derivativen Eigenthumserwerbs beziehe. (pag. 429 vor 2).

Eigenthümlicher Weise scheinen dies die Motive aber insofern wieder zu vergessen, als sie gerade für die Fälle derivativen Eigenthumserwerbs ohne Tradition, also für die Fälle des § 874 [3] einen publizianischen Anspruch nicht gewähren wollen; denn die Fassung des § 945 geht auf den Thatbestand des Besitzerwerbs zurück und paßt daher nicht auf solche Fälle, in welchen der Besitz schon früher erworben, ehe an Eigenthumserwerb überhaupt gedacht wurde.

Für die Fälle des constitutum possessorium (§ 805) ist allerdings der publizianische Anspruch des Entwurfs von Bedeutung; allein diese Fälle sind so wenig häufig und werden überdies durch die einengende Vorschrift des § 805 von dem Entwurfe selbst so wenig begünstigt, daß sie einer besonderen Berücksichtigung kaum bedürfen.

Für die Fälle des originären Eigenthumserwerbs wird man ein Bedürfniß gleichfalls verneinen müssen; und so könnte die ganze Gestaltung des publicianischen Anspruchs ohne Schaden für die Praxis wegbleiben.

Der Entwurf hält diese Gestaltung deshalb für geboten und nützlich, weil durch die Schaffung einer an den Thatbestand des § 945 geknüpften dinglichen und deshalb absoluten Rechtsposition die praktisch wichtige Folge sich ergebe: „daß im Eigenthumsprozeß über bewegliche Sachen die exceptio ex jure tertii ausgeschlossen werde.

„Hierzu treibt ein dringendes Bedürfniß, da es zu großen Unzuträglichkeiten führen würde, wenn im Eigenthums-

prozeß darüber verhandelt werden könnte, ob vielleicht eine dritte Person der wahre Eigenthümer, und um deswillen der Beweis des klägerischen Rechtes als nicht erbracht anzusehen sei." (Motive pag. 431.)

Die Motive scheinen sich hier einer Selbsttäuschung hinzugeben. Denn durch § 945 wird die Vorschützung eines dem Recht eines Dritten entnommenen Einwandes dann stets nicht ausgeschlossen werden, wenn der Beklagte sich nicht scheut, die Behauptung aufzustellen, Kläger habe darum gewußt. In dieser Beziehung muß man mit der in der alltäglichen Praxis nur zu oft hervortretenden Leichtfertigkeit rechnen, mit welcher die Parteien, auch ohne daß sie für eine derartige Behauptung einen objektiven Beweis haben, und wohl auch ohne daß sie selbst daran glauben, durch die Eideszuschiebung an den Gegner diesen in die oft recht unangenehme Lage bringen, gewissermaßen einen Reinigungseid über seine Nichtbekenntniß der behaupteten Thatsachen leisten zu müssen. Man kann dies bedauern und vom ethischen Standpunkt aus darin einen Mißbrauch der Eideszuschiebung erblicken; damit wird aber an der Thatsache nichs geändert, daß in Wirklichkeit solche frivole Eideszuschiebung viel mehr vorkommt, als gut ist.

Will man aber über die praktische Bedeutung und Nützlichkeit des publizianischen Anspruchs nach § 945 urtheilen, so muß man nicht den Fall nur sich vor Augen halten, daß die den Erfordernissen des Gesetzes entsprechend thatsächlich begründete Klage nicht streitig wird, sondern vor allen Dingen auch den Fall, daß der Kläger es mit einem Gegner zu thun hat, welcher die Klage in jeder möglichen Weise bekämpft. Bringt aber der Beklagte eine Behauptung vor, welche das Eigenthum eines Dritten begründet erscheinen lassen würde, so ist dies zweifellos ein im Sinn des § 945 erheblicher „Umstand", wenigstens dann, wenn zugleich die Kenntniß des Gegners und somit die Unanwendbarkeit des § 877 behauptet und unter Beweis gestellt wird.

Dem publizianischen Anspruch eine andere Gestaltung zu geben, ihn etwa — da er ja doch an die Ersitzungslage geknüpft sein soll — im Anschluß an § 881 einfach an den Besitz zu knüpfen und den bösgläubigen oder nur fahrlässig gutgläubigen Besitzerwerb als einen vom Gegner zu behauptenden und zu beweisenden Ausnahmefall hinzustellen, kann mit den Motiven nicht für praktisch gehalten werden. Es wird daher nur die Erwägung übrig bleiben, ob man

nicht Angesichts des jetzt nur noch für einzelne Fälle zuzugebenden Bedürfnisses lieber von der Schaffung eines publizianischen Anspruchs ganz absieht, als daß man denselben in einer Weise gestaltet, von der Nutzen nicht zu hoffen ist. Schaden wird der publizianische Anspruch des § 945, wenn er beibehalten wird, allerdings nicht bringen, aber praktische Bedeutung wird man ihm nicht zusprechen dürfen; namentlich gegenüber dem gemeinen Recht wird der publizianische Anspruch des Entwurfs auf eine ganz minimale Rolle beschränkt sein.

Was in dem vorstehenden Aufsatz zu den behandelten Titeln gerügt worden ist, kann durch theils größere, theils kleinere Aenderungen des Entwurfs unschwer verbessert werden.

Nicht allenthalben habe ich Gegenvorschläge formulirt, weil ich oft die Betonung und Begründung meiner Bedenken für genügend und der Stellung des einzelnen Beurtheilers mehr entsprechend hielt.

Mich persönlich haben alle von mir erörterten Bedenken nicht einen Augenblick irre machen können in der Ueberzeugung, daß die Erhebung des Entwurfs zum Gesetz — mutatis mutandis — dringend zu wünschen ist.

Aus unserm Verlage empfehlen wir:

Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte

vom 7. Juli 1879

nebst Landesgebührengesetzen.

Erläutert und für den praktischen Gebrauch bearbeitet

von

Carl Pfafferoth

Kanzleirath im Reichsjustizamt.

Preis $13^1/_8$ Bogen groß 8⁰ brochirt 4 Mk., in Original-Callico-Einband 5 Mk.

Für den Werth und die praktische Brauchbarkeit des in jeder Anwaltstube unentbehrlichen Buchs bürgt schon der Name des Verfassers, der durch sein weitverbreitetes und autoritativen Ansehens sich erfreuendes Werk über das Gerichtskostenwesen (4. Aufl.), durch sein 1879 erschienenes Handbuch für das Anwaltsgebührenwesen, wie auch durch zahlreiche Abhandlungen über Gebührenfragen in der Juristischen Wochenschrift in den Anwaltskreisen wohlbekannt ist. Dafür zeugt auch die Thatsache, daß sowohl der Königlich Preußische Herr Justizminister wie der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins in ihren Organen auf das Buch aufmerksam gemacht bezw. dasselbe offiziell empfohlen haben.

Leitfaden für die juristischen Prüfungen

und den

Vorbereitungsdienst der Referendarien in Preußen.

Von **Dr. C. W. Bleich,**

Aufsichtsführendem Richter am Königl. Landgericht Berlin II., Amtsgerichtsrath.

Zweite verbesserte Auflage. Preis brochirt 1 Mark, gebunden Mark 1,50.

Der Rechtsschutz im deutschen Strafverfahren

von

Dr. Leonard Jacobi,

Rechtsanwalt beim Landgericht Berlin I.,
Privat-Dozent an der Kgl. Friedr.-Wilhelm-Universität zu Berlin.

$10^3/_4$ Bogen. 8⁰. Preis 2,50 Mark.

Die vorliegende durch die Erfahrungen der Anwalts-Praxis veranlaßte Schrift macht den Versuch, die Rechte der Strafverfolgten gegenüber den wirklichen und vermeintlichen Bedürfnissen der Straf-Justiz sicher zu stellen. Zu diesem Zwecke werden die Mittel und Vorbedingungen der Rechtssicherheit untersucht und gegenüber den Grundsätzen des zur Zeit geltenden Strafprozesses die wesentlichen Reformen begründet, welche nach Ansicht des Verfassers, durch die Natur der Sache geboten, dazu dienen würden, beklagenswerthe Irrthümer (soweit menschenmöglich) für die Zukunft zu verhindern. —

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen, sowie gegen Einsendung des Betrages franco durch unterzeichnete Verlagsbuchhandlung.

Berlin S.
Stallschreiber-Straße 34. 35.

W. Moeser Hofbuchhandlung.

Mit diesem 15. Heft schließt das Unternehmen:

Gutachten aus dem Anwaltstande

über

die erste Lesung des Entwurfs eines

Bürgerlichen Gesetzbuchs

herausgegeben im Auftrage des Deutschen Anwalt-Vereins

von den Rechtsanwälten

Adams, Geh. Justizrath in Coblenz, **Wilke**, Justizrath in Berlin, **Mecke**, Justizrath in Leipzig, **Hartmann** in Nürnberg, **Erythropel** in Leipzig.

Das Werk liegt jetzt in 15 Heften brochirt mit 97 3/8 Bogen complet vor und kostet 30 Mk. Vielfachen Wünschen der Herren Subskribenten entsprechend, haben wir Einbanddecken anfertigen lassen, welche zu nachstehenden Preisen offeriren:

Leinen-Einbanddecke	für das compl. Werk passend	1,— Mk.
Halbfranzdecke	" " " " "	1,60 "

Zu beziehen durch alle Sortimentsbuchhandlungen, sowie gegen Einsendung des Betrages auch direct franco von unterzeichneter Verlagsbuchhandlung.

Ferner empfehlen aus unserm Verlage die in ihrem neunzehnten Jahrgang befindliche

Juristische Wochenschrift

Organ des Deutschen Anwalt-Vereins.

Herausgegeben

von

M. Kempner,

Rechtsanwalt beim Landgericht I. Berlin.

Der letzte Jahrgang enthält fortlaufende Mittheilungen über die in den neueren Entscheidungen des Reichsgerichts ausgesprochenen Rechtsgrundsätze, einzelne Urtheile des Reichsgerichts, kleinere Abhandlungen, literarische Anzeigen, Vereinsnachrichten, Mittheilungen der Hülfskasse für Deutsche Rechtsanwälte und ein reichhaltiges Material zur Kritik des dem vorigen Reichstage vorgelegten Entwurfs zur Gebührennovelle 2c. 2c.

Abonnement-Preis pro Jahrgang 20 Mark.

Jede Sortimentsbuchhandlung und Postanstalt nehmen Bestellungen an. Bei Einsendung des Betrages auch direkt unter Kreuzband franco sofort nach Erscheinen von der Verlagsbuchhandlung.

Berlin S. 14. **W. Moeser Hofbuchhandlung.**

W. Moeser Hofbuchdruckerei, Berlin S., Stallschreiberstr. 34. 35.

J. Gruber.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Adams, ... <Justizrat>

Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bü
rgerlichen Gesetzbuchs

Bd.: 1

Berlin (1890)

J.germ. 1784-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11633881-0